This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Se. F
3

LE

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

Droits de traduction et de reproduction réservés.

Bruxelles. — Typ. BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie

LE

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAN

Via Valadier
N° 42

TOME SEPTIÈME.

BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & C°, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33.

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1881

DEUXIÈME PARTIE

LIVRE III.

La famille (suite).

CHAPITRE IV (suite).

DU DROIT DE SUCCESSION.

SECTION IV. — Le statut des formes (suite).

ARTICLE III. — DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE.

1. J'ai dit, dans le cours de cette Etude, ce que l'on entend par institution contractuelle (1) ; il suffit ici de reproduire les termes du code civil. D'après l'article 1082, le donateur peut, *par contrat de mariage*, disposer de tout ou partie des biens qu'il laissera au jour de son décès, tant au profit des époux qu'au profit des enfants, à naître de leur mariage. C'est ce qu'on appelait, dans l'ancien droit, l'*institution contractuelle*, parce que le donateur institue un héritier par contrat. Est-ce une donation? est-ce un testament? La question était jadis très controversée : le code civil l'a décidée. En ce qui concerne la forme, il n'y a aucun doute, puisque la donation des biens à venir se fait par *contrat* de mariage, donc par concours de consentement, ce qui exclut toute idée de testament. Cela tranche la question de savoir quelle est la nature du statut qui régit la forme de l'institution contractuelle.

Je constate d'abord que la donation de biens à venir est un acte solennel. Toute donation est un acte solennel, dans le sens strict du mot, puisque l'authenticité et les

(1) Voyez t. VII, n° 295, p. 501.

autres formes que la loi prescrit sont requises pour l'existence même du contrat. L'institution contractuelle doit aussi être faite par acte authentique; la loi veut de plus qu'elle se fasse par contrat de mariage, de sorte qu'elle serait radicalement nulle si elle était faite par un acte notarié, autre que le contrat de mariage des époux au profit desquels le donateur dispose de ses biens à venir. Les textes ne laissent aucun doute sur ce point. L'article 1082 porte que les donateurs peuvent, *par contrat de mariage*, disposer des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès; l'article 1083 dit que la donation, *dans la forme prescrite au précédent article*, sera irrévocable. L'article 1084, qui autorise l'institution cumulative des biens présents et à venir, dit aussi : « La donation *par contrat de mariage* pourra être faite cumulativement. » L'article 1086, qui permet de déroger à l'irrévocabilité des donations, limite cette exception à la donation *par contrat de mariage*. Il en est de même de l'article 1087, qui dispense de l'acceptation expresse les donations faites *par contrat de mariage*. Ce qui complète cette démonstration, c'est que le code n'a fait que suivre la tradition coutumière. Il ne suffit pas, dit Dumoulin, que la donation soit faite en faveur du mariage, il faut qu'elle se trouve dans le contrat de mariage même, de sorte que l'institution contractuelle soit une clause des conventions matrimoniales. Lebrun dit que la première condition requise pour l'institution contractuelle est qu'elle soit faite dans le contrat de mariage, et il en donne la raison, c'est que ces donations étant contre le droit, on ne les a admises que par la faveur extrême dont jouissent les contrats de mariage. Elle est contre le droit, en ce sens qu'elle est contraire aux principes fondamentaux de notre droit: c'est un pacte successoire, prohibé en général, comme contraire aux bonnes mœurs : c'est une donation de biens à venir, elle peut se faire sous des conditions qui la rendent révocable, au profit d'enfants qui ne sont pas connus. Le législateur n'autorise ces institutions que par faveur pour le mariage, et pour avoir la certitude qu'elles sont faites uniquement pour favoriser le mariage, la loi exige qu'elles

soient comprises dans le contrat de mariage. La raison est loin d'être décisive, mais il faut accepter la loi avec ses rigueurs comme avec ses bienfaits.

Il suit de là que la donation des biens à venir est doublement solennelle : elle est soumise aux solennités des donations, et aux solennités du contrat de mariage; celui-ci ne peut pas être fait après la célébration du mariage; donc l'institution contractuelle doit nécessairement se faire avant que le mariage soit célébré. Par contre les solennités particulières aux testaments ne doivent pas être observées. D'après l'article 968, deux personnes ne peuvent tester, par un même acte, au profit d'un tiers, cette disposition n'est pas applicable à l'institution contractuelle; elle se fait souvent par les père et mère au profit de l'enfant commun. La raison de cette différence tient à la révocabilité du testament, et à l'irrévocabilité de l'institution contractuelle.

2. Puisque la donation des biens à venir est un acte solennel, il faut appliquer les principes qui régissent les actes solennels. Ils doivent être reçus à l'étranger conformément à la loi nationale des parties, en ce qui concerne la solennité. De là suit que le donateur français ne peut pas faire, en pays étranger, une institution contractuelle sous seing privé, quand même la loi locale autoriserait la donation dans cette forme. De là suit encore que cette donation ne peut être faite par un contrat de mariage sous seing privé, quand même la loi locale permettrait les contrats de mariage non authentiques. La double authenticité exigée par le code civil n'a rien de commun avec la preuve, elle ne dépend donc pas du statut des preuves, c'est-à-dire de la règle *Locus regit actum*; la solennité est prescrite comme condition d'existence de l'institution contractuelle; donc sans la double authenticité, il n'y a point d'institution contractuelle; le lieu où l'acte est rédigé ne peut pas modifier les conditions d'existence du contrat. Autre est la question de savoir quelles formes devront être observées pour que l'acte dressé à l'étranger soit authentique. Ici il y a lieu d'appliquer la règle *Locus regit actum;* ce seront les formes prescrites

par la loi du pays où le contrat de mariage est dressé. Je renvoie, quant au principe, à ce que j'ai dit en commençant cette Etude sur les actes solennels (1). La conséquence est rigoureuse; mais ce n'est pas à l'interprète, c'est au législateur de changer la loi. En cette matière, on doit dire qu'il a dépassé les limites d'une rigueur raisonnable; pour mieux dire, la solennité n'a pas de raison d'être. Le code civil dispense l'institution contractuelle de la prohibition qui frappe les pactes successoires; il fait exception au droit commun, qui déclare les donations irrévocables: favorisant à ce point la donation de biens à venir, la loi aurait dû aussi l'affranchir des solennités qui sont un non-sens dans un contrat auquel les auteurs du code prodiguent les faveurs, alors que ces solennités ont été établies pour entraver les donations.

3. L'étranger peut-il faire une institution contractuelle en France et dans quelles formes? Si la loi personnelle de l'étranger n'admet pas l'institution contractuelle, il ne pourra pas faire en France une donation de biens à venir; les particuliers ne peuvent, pas plus à l'étranger que dans leur patrie, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public; or, quand la loi prohibe l'institution contractuelle, c'est par des considérations qui touchent à l'ordre public et aux bonnes mœurs : ce qui est décisif. Si la loi étrangère autorise l'institution contractuelle, et la laisse, quant aux formes, sous l'empire du droit commun, dans ce cas la donation cesse d'être un acte solennel, la forme n'est plus qu'une question de preuve, et, partant, on applique la règle *Locus regit actum*: l'institution sera valable si elle est faite dans les formes probantes qui sont usitées dans le pays où l'acte est passé; il n'y aurait pas lieu de remplir les formes spéciales et exceptionnelles exigées par la loi française, puisque ces solennités sont prescrites, non pour la preuve, mais pour l'existence de l'acte. Elles ne devraient être observées que si la loi étrangère faisait de la donation de biens à venir un contrat solennel; dans ce cas il faudrait appliquer, par ana-

(1) Voyez le t. VI de ces Etudes, n°s 392 et 393.

logie, à l'institution faite par un étranger en France ce que je viens de dire de l'institution contractuelle faite par un Français à l'étranger.

4. Il y a une formalité requise pour les donations de biens présents, qui n'est pas applicable à l'institution contractuelle, c'est la transcription. J'y reviendrai, en traitant de la transmission des droits réels immobiliers.

ARTICLE IV. — DROIT ÉTRANGER.

§ Ier. — *Doctrine allemande.*

5. Les auteurs allemands constatent tous que les formes, en matière de testaments, sont régies par la loi du lieu où l'acte est passé (1). Cette règle est acceptée comme un axiome. C'est dire que les formes ne sont considérées que comme moyen de preuve, et qu'il y a lieu d'y appliquer l'adage traditionnel *Locus regit actum*. Les légistes qui écrivent sur le droit international privé ne disent pas si le testament est un acte solennel; ils ne traitent pas du sens et de la portée des formes. Cela simplifie singulièrement les questions si difficiles que je viens d'examiner, et, au premier abord, on est tenté de rejeter la distinction de la solennité et des formes probantes, comme une subtilité, ou comme un formalisme excessif, qui n'a aucun fondement rationnel. Mais j'ai eu bien des occasions de remarquer que les lois les plus simples ne sont pas toujours les meilleures; trancher le nœud gordien, ce n'est pas le résoudre. J'ai d'avance répondu à l'objection en exposant les motifs qui justifient la solennité. C'est au législateur de peser les raisons. Le formalisme du code civil est peut-être excessif; je viens de signaler les institutions contractuelles, où il est certainement déplacé. Dans les testaments aussi, il y a un luxe de formes qui, souvent, tournent contre le testateur, en ce sens qu'à force de vouloir assurer sa libre volonté, on aboutit à l'annuler. Il en est de même des donations; le législateur

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 355, 360. Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 188, suiv. Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 368, 372. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 395, et les nombreux témoignages qu'il cite.

français est resté trop attaché à la tradition, alors que lui-même, en d'autres matières, s'en est affranchi. Autre est la question de savoir si l'on doit maintenir le principe de la *solennité*. Il ne manque pas de raisons pour entraver les testaments, en ce sens qu'ils sont trop souvent l'œuvre de la captation et de la fraude ; en tout cas, faut-il multiplier les garanties pour empêcher les testateurs de disposer de leurs biens au profit des corporations religieuses qui ne vivent que de fraudes à la loi, et on ne peut jamais être sûr que le légataire n'est pas un instrument et un complice de la fraude. Les solennités, qui sont une condition d'existence des libéralités, sont une entrave plus efficace que les simples formes instrumentaires; l'inobservation de celles-ci ne donne lieu qu'à une action en nullité, laquelle ne peut être intentée que par les parties intéressées; tandis que le défaut d'une solennité quelconque rend l'acte inexistant, et permet à toute personne de s'en prévaloir, y compris l'Etat, et l'Etat a, dans mon opinion, le droit de revendiquer les biens donnés à une corporation non autorisée. C'est une raison décisive pour tenir à la solennité des libéralités entre-vifs et testamentaires.

6. Wächter, dans son excellente monographie sur le conflit des lois (1), dit qu'en théorie on devrait admettre comme principe que les formes du testament dépendent de la loi du domicile du testateur; et, comme le domicile a été remplacé en France, en Italie, par la nationalité, il faudrait dire que c'est la loi nationale du testateur qui détermine la forme dans laquelle il doit tester, quel que soit le lieu où l'acte est dressé. C'était la doctrine de Bouhier (2); il va sans dire que le jurisconsulte allemand ne fonde pas sa théorie, comme le faisait le président du parlement de Bourgogne, sur le caractère civil du droit de tester. Wächter prend comme point de départ la doctrine généralement admise en Allemagne sur la nature des successions *ab intestat* et testamentaires. La succession est déterminée par la loi personnelle du défunt, et c'est aussi la loi de ce domicile qui règle les dispositions

(1) *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 368 et suiv.
(2) Voyez le t. VI de ces Etudes, n° 275.

testamentaires. Le légiste allemand en conclut que la forme dans laquelle le testateur exprime sa volonté s'identifiant avec la volonté ; c'est la loi personnelle du défunt qui détermine la forme des dispositions testamentaires, aussi bien que le fond. Wächter dit que c'est là une conséquence nécessaire d'un seul et même principe: N'est-ce pas confondre deux ordres d'idées essentiellement distincts, les faits juridiques et la preuve de ces faits ?

Laissons un instant de côté les successions, et voyons ce qui se passe en matière de contrats. La règle *Locus regit actum* y est universellement admise ; la preuve des conventions se fait d'après la loi du lieu où l'acte est dressé, sans prendre en considération la nationalité des parties contractantes; cela serait même impossible, car dès qu'un étranger y intervient, ce qu'il faut supposer pour que la question des formes se présente, il y aurait deux lois différentes, et le plus souvent contraires, en conflit : laquelle des deux suivra-t-on? On n'a jamais songé à appliquer la loi nationale des parties contractantes, non seulement parce que la chose serait impossible, mais parce que la loi des formes n'a rien de commun avec la volonté des parties qui domine dans les contrats. C'est l'autonomie qui y règne, les contractants sont eux-mêmes législateurs. Est-ce aussi l'autonomie des parties qui règle la forme des actes? La question n'a point de sens. C'est le législateur de chaque pays qui détermine les formes dans lesquelles les actes doivent être reçus pour qu'ils fassent preuve en justice, la volonté des contractants n'y est pour rien. Les motifs pour lesquels la loi locale établit telles ou telles formes sont tous puisés dans l'état social, intellectuel, moral du pays : ici on pose comme principe que lettres passent témoins, là on établit comme règle que témoins passent lettres : ici l'on attache une foi plus grande aux actes authentiques qu'aux actes sous seing privé, et l'on exige que les transactions immobilières se fassent par actes notariés, là on met les actes dressés par les parties sur la même ligne que les actes reçus par les notaires. Ces diversités dépendent de la culture intellectuelle et morale ; le législateur en tient compte pour dé-

terminer les preuves et les formes d'après lesquelles les écrits servant de preuve doivent être rédigés. Ainsi la loi impose les formes, tandis qu'elle laisse pleine et entière liberté aux contractants. Il y a donc une différence radicale entre le fait juridique et la preuve littérale de ce fait. N'en est-il pas de même en matière de testaments? Les Romains disaient que la volonté du testateur tenait lieu de loi : c'est le principe de l'autonomie. Abandonnaient-ils aussi au testateur le choix des formes? Non certes. Les formes solennelles devaient être strictement observées pour la validité du testament. Les législations modernes sont moins formalistes. Le code français admet trois formes de tester, entre lesquelles le testateur peut choisir; et quand le testateur se trouve placé dans des circonstances où il lui serait impossible de suivre l'une de ces formes, la loi se relâche de sa rigueur et lui permet de faire ses dernières dispositions dans des formes adaptées à la situation où il se trouve. Toujours est-il que jamais le législateur n'abandonne les formes à l'autonomie du testateur, il les lui impose toujours. Dans quel but? Ceci est le point essentiel.

Dans la théorie française, telle que je l'ai exposée en m'appuyant sur le texte et sur l'esprit de la loi, il faut distinguer entre le principe de la solennité et les formes probantes. A la différence des conventions à titre onéreux, les testaments, comme les donations, sont des actes solennels, pour l'existence desquels la loi prescrit certaines solennités. Ces solennités dépendent de la loi nationale, parce que c'est par des considérations d'intérêt général que le législateur se détermine pour faire du testament un acte solennel, ainsi que de la donation. Pour les donations il exige l'authenticité, comme condition sans laquelle la libéralité entre-vifs n'existe point. Pour le testament, la loi laisse le choix au testateur entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé, mais elle veut, en tout cas, un acte; une déclaration purement verbale faite devant témoins ne serait pas un testament. De quelle loi dépend la solennité? C'est la loi nationale du donateur ou du testateur qui décide si la libéralité entre-vifs ou

testamentaire forme un acte solennel. Est-ce à dire que le donateur et le testateur doivent observer partout les formes qui constituent l'authenticité, ou celles que sa loi personnelle établit pour le testament sous signature privée et pour le testament authentique? Non; ici les formes varient nécessairement, et il a fallu laisser au disposant la faculté de suivre les formes usitées dans chaque pays. Si Wächter admettait la distinction entre la solennité de l'acte et les formes qui constituent la solennité, sa théorie serait irréprochable; mais il ne distingue pas; toute forme prescrite par la loi nationale du testateur doit être observée partout où il fait ses dispositions. Ainsi entendue, la théorie de Wächter confond toutes choses, les actes solennels et les actes non solennels, les faits juridiques et la preuve.

7. Après avoir posé comme principe que le testateur doit partout suivre les formes prescrites par sa loi personnelle, Wächter reconnaît que la pratique universelle est contraire, et il avoue que la nécessité a introduit dans tous les pays la règle que la forme des testaments dépend de la loi du lieu où ils sont reçus : telle est aussi l'opinion unanime des auteurs. N'est-ce pas faire l'aveu que la doctrine du statut personnel en matière de formes est impraticable? Et peut-on établir comme principe une règle qu'il est impossible d'observer? Je m'étonne qu'un jurisconsulte pratique ait conçu une idée pareille. Le droit n'est pas une affaire de théorie; c'est une face de la vie réelle; et conçoit-on que la science du droit formule pour la vie réelle des règles dont l'observation est impossible? Cependant Wächter tient à son principe; il voudrait que la doctrine le reconnût, sauf à admettre comme dérogation à la règle l'adage traditionnel *Locus regit actum*. Cela n'est pas sérieux. Peut-on considérer comme exception une maxime qui est en réalité la règle? Ne serait-ce pas jouer sur les mots?

Il y a plus, Wächter a tort d'admettre cette exception d'une manière absolue; il aurait dû maintenir son principe en tant qu'il concerne la solennité. Le droit français consacre le statut des formes pour les écrits authentiques ou sous seing privé; ces formes dépendent du lieu où

l'acte se dresse. Mais on n'applique pas le statut des formes à la solennité du testament. Vainement le testateur ferait-il ses dernières dispositions dans la forme verbale, devant témoins, cette déclaration serait inopérante et ne serait pas considérée comme acte de dernière volonté, de sorte que le testateur mourrait intestat. Il n'est donc pas exact de dire que la loi du lieu où le testament est fait en détermine la forme, et que le testament, valable d'après cette loi locale, est valable partout; cela est vrai des formes probantes, cela n'est pas vrai de la solennité.

8. Wächter applique son principe au testament olographe. Il suppose que la loi personnelle du testateur n'admette point cette forme de tester; pourra-t-il néanmoins faire un testament olographe dans un pays où cette forme est reçue? Si l'on s'en tenait au principe que la forme du testament dépend de la loi nationale, le testament serait certainement nul; mais le jurisconsulte allemand abandonne son principe, pour donner satisfaction aux besoins de la pratique. A mon avis, l'exception qu'il admet est trop absolue, de même que le principe. Il faut distinguer, en matière de formes, comme en toute matière; le droit vit de distinctions. Si la loi nationale du testateur proscrit le testament olographe, comme fait le code des Pays-Bas, dira-t-on que les Néerlandais pourront néanmoins tester en cette forme en France ou en Belgique? Non, à mon avis (1); car dans ce cas l'authenticité devient une condition essentielle pour l'existence du testament; un testament sous signature privée n'aura pas plus de valeur qu'un testament verbal, parce qu'il n'y a de testament, dans ce système, que lorsque le testateur a exprimé sa volonté dans la forme authentique : pas d'authenticité, pas de testament; de même que, sans la forme authentique, il n'y a pas, en droit français, de donation, ni de contrat de mariage, ni d'hypothèque. Tout ce qui est abandonné à la loi locale, c'est la nature des formes qui constituent l'authenticité. La question a donné lieu à de longs débats, en Allemagne, dans un procès célèbre;

1) Voyez le t. VI de ces Etudes, n° 419, p. 695.

le testament olographe, rédigé en France, a été validé par les tribunaux allemands, bien que la loi du domicile ne reconnût pas cette forme de tester. Wächter trouve la décision évidente; elle l'est, en effet, si l'on admet que la validité du testament est une question de preuve; et tel paraît bien être le principe du droit allemand; dans cet ordre d'idées, le testament olographe, valable d'après la loi du pays où il a été fait, doit être valable partout. Mais la décision serait tout autre là où l'authenticité est une solennité requise pour l'existence du testament; un testament olographe fait en France, par un Néerlandais, ne serait certainement pas admis dans les Pays-Bas, puisque le code néerlandais défend aux naturels de tester dans cette forme en pays étranger (1).

9. Wächter discute encore une autre question. Le testateur peut-il disposer à l'étranger dans la forme prescrite par sa loi nationale, si la loi du lieu où il teste n'admet point cette forme? Il y a controverse et doute; la plupart des juristes allemands se prononcent pour la validité du testament : il serait étrange, dit Wächter, que nos tribunaux annulassent un testament qui serait conforme à nos lois. Le droit civil international admet bien de ces singularités, par suite de la contrariété des lois. En France, on permet, d'après la dernière jurisprudence de la cour de cassation, à un étranger divorcé de se remarier devant un officier de l'état civil français, bien que la loi française rejette le divorce : il est certes étrange que le même officier qui a prononcé l'union de deux époux étrangers, union indissoluble d'après la loi française, célèbre ensuite un second mariage de l'un des époux, du vivant de son conjoint. Les principes justifient parfaitement cette singularité. Si l'on admet, avec Merlin, que la règle *Locus regit actum* est obligatoire, il faut décider, sans hésitation aucune, que le testament fait à l'étranger, conformément à nos lois, mais contrairement à la loi locale, est nul, et nos tribunaux mêmes en devraient prononcer l'annulation; ils décident, non pas sur un acte fait d'après nos

(1) Voyez t. VI de ces Etudes, n° 419, p. 695.

lois, mais sur un acte fait dans un pays dont la loi n'admet point notre forme de tester; or, dans les procès internationaux, nos tribunaux doivent juger comme jugerait le juge étranger, c'est-à-dire en vertu de la loi étrangère.

Wächter invoque, à l'appui de l'opinion générale qu'il adopte, son principe en vertu duquel la validité du testament dépend de la loi nationale; mais ce principe n'est admis par personne, de sorte que la décision, tout en étant la même, repose sur des motifs essentiellement différents. Or la valeur d'une opinion n'est-elle pas dans les motifs sur lesquels elle se fonde? Et que penser d'une décision qui est fondée sur des raisons contradictoires? Cependant Wächter peut avoir raison. Si un Français teste en la forme olographe dans les Pays-Bas, où cette forme de testament n'est pas admise, son testament sera valable, en principe et d'après le texte du code civil : en principe, parce que le testament olographe n'a pas de *lieu*, il ne peut donc pas dépendre de la loi du lieu où il est passé: d'après le texte du code Napoléon, qui permet aux Français de disposer dans les pays étrangers, en la forme olographe, sans distinguer si la loi locale admet ou prohibe cette forme de tester.

N° 2. LE DROIT ANGLO-AMÉRICAIN.

10. La *common law* est réaliste à outrance; elle l'est même pour la forme des actes, quand ils concernent des immeubles. Tels sont les testaments qui disposent d'immeubles situés en Angleterre : quel que soit le lieu où le testament est dressé, le testateur doit observer les formes prescrites par la loi anglaise, loi de la situation des biens. C'est le principe du vieux réalisme, tel que notre Bourgoingne l'enseignait, au dix-septième siècle. Mais il était à peu près seul de son avis. Vainement les jurisconsultes hollandais, qui sont aussi réalistes, prouvèrent-ils combien cette doctrine, appliquée aux formes des testaments, était absurde ; en Angleterre, on ne tint aucun compte de leur critique. Les formes sont réelles à la fin du dix-neuvième siècle, comme elles l'étaient au onzième :

le droit féodal, implanté dans le sol anglais par la dure main de Guillaume le Conquérant, règne encore aujourd'hui en Angleterre et aux États-Unis. Les jurisconsultes ne discutent pas même la question; ils plient sous le fait (1). C'est la confusion complète de la forme et du fait juridique. Le testament est un acte de disposition, or dans la doctrine réaliste, la disposition des immeubles dépend de la loi de la situation des biens. Cela se conçoit, à la rigueur, du fait juridique en vertu duquel la propriété est transmise; mais autre chose est le fait juridique, et autre chose est la preuve de ce fait; l'écrit que le testateur dresse de ses volontés dernières constate sa volonté de disposer pour cause de mort, mais ce n'est pas cet écrit qui transfère la propriété de la chose léguée. Cela est élémentaire. Il y a des lois qui admettent le testament verbal, sans aucun écrit; c'est la volonté du testateur qui transmet ses biens; la volonté est déclarée devant témoins, leur témoignage constatera, au besoin, la déclaration du testateur, mais on ne dira certes pas que c'est ce témoignage qui transfère la propriété. Eh bien, l'écrit tient lieu de témoignage; c'est une preuve plus sûre, mais ce n'est toujours qu'une preuve. Il n'y a d'exception à ce principe que pour ce qui regarde la solennité, comme je l'ai dit et répété dans le cours de cette Etude. Mais la solennité dépend-elle de la situation des biens? Il y a ici une nouvelle confusion. Certaines formes sont prescrites par la loi du lieu où les biens sont situés, ce sont celles qui sont établies, dans l'intérêt des tiers, pour rendre publique la transmission des droits réels immobiliers : telle est, d'après nos lois, la transcription. Mais la transcription ne concerne que les tiers; entre les parties, elle n'est pas requise, et nos lois ne prescrivent pas même à l'égard des tiers la publicité des dispositions testamentaires. Quant à la question de savoir si le testament est un acte solennel, si un écrit est nécessaire pour qu'il existe, et si cet écrit doit être un acte authentique, elle n'a rien de commun avec la situation des biens; c'est la loi nationale du testateur qui

(1) Voyez les témoignages anglais et américains dans Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 192, § 146.

seule est compétente, à cet égard, parce que la décision dépend de considérations politiques et sociales étrangères au lieu où les biens sont situés. Vient ensuite la détermination des formes qui constituent l'acte authentique ou l'acte sous seing privé; cette détermination est essentiellement locale, et dépend du lieu où l'acte est reçu.

11. La *common-law* a varié quant aux formes des testaments qui disposent de valeurs mobilières. Les absurdités abondent dans cette matière. On se demande d'abord s'il y a une raison de distinguer, quand il s'agit de formes, entre les testaments qui disposent d'immeubles et ceux qui disposent de meubles? Si par formes on entend les formalités qui ont pour objet de certifier la volonté du testateur, la question n'a vraiment pas de sens : y a-t-il deux manières différentes de constater ce que veut le testateur, l'une quand il lègue son mobilier, l'autre quand il lègue ses immeubles? Puis la volonté n'est-elle pas un seul et même fait juridique? et conçoit-on que le testateur qui veut disposer de tous ses biens doive recourir à des formes différentes pour ses biens meubles et pour ses biens immeubles? Je ne trouve pas de réponse à ces questions. Et les légistes anglo-américains ne les posent même pas. Cela est, parce que cela est.

Jusqu'en 1823, les cours d'Angleterre suivaient comme principe que les Anglais qui testaient en pays étranger devaient suivre les formes de la *common-law*, pour les dispositions mobilières. On citait un *cas* célèbre, car tout se décide par *cas* dans la jurisprudence anglaise. La duchesse de Kingston, domiciliée en France, y avait fait en 1791 un testament où elle disposait de son mobilier, sans observer les formes de la loi française; l'acte, attaqué de ce chef, fut approuvé par la cour ecclésiastique, parce qu'il était conforme à la loi anglaise. Sir John Nicholl le décida ainsi en 1823; et il donna comme motif qu'un sujet anglais, il aurait dû dire un *vassal*, ne pouvait se dépouiller de sa nationalité (*exuere patriam*), en se domiciliant en pays étranger; et, restant Anglais, il était tenu de se soumettre à la loi anglaise. La même question s'étant

représentée quelque temps après, le juge Nicholl porta une décision identique. Le cas était remarquable. Le testateur, domicilié dans le Portugal, y avait fait un testament et plusieurs codicilles, dans les formes de la loi portugaise ; puis il ajouta quelques codicilles qui n'étaient pas conformes au droit local ; la cour anglaise (*Court of Delegates*) approuva les actes dressés d'après la loi du lieu, qui était le domicile du testateur, elle annula les autres. Story ne nous dit pas quel fut le motif de ce changement de jurisprudence ; la nouvelle règle passa dans la *common-law* sans la moindre opposition : une jurisprudence renversait (*overruled*) l'autre. Pourquoi la loi du domicile du testateur, pour les legs mobiliers? pourquoi la loi de la situation pour les immeubles? pourquoi pas, pour tout legs, la loi personnelle de celui qui dispose à l'étranger? Je ne trouve pas de réponse à ces questions dans les auteurs que j'ai sous les yeux (1). Cela est, dit Montaigne, parce que cela est.

Le principe du domicile, qui triompha devant la cour des *Delegates*, était la vieille règle, *Mobilia sequuntur personam*. Comme la succession mobilière est régie par la loi du domicile, la cour des *Delegates* trouva sans doute logique de soumettre à la même loi les formes du testament, sans se demander si les formes avaient quoi que ce fût de commun avec la transmission des biens. Mais la logique porte malheur aux mauvaises causes. Le principe du domicile appliqué à la forme des testaments conduisait à une conséquence souverainement absurde. C'est la loi du dernier domicile que le testateur avait en mourant qui détermine la forme dans laquelle il doit tester : qu'arrivera-t-il si le testateur survit à son testament, et s'il change de domicile? La loi de ce dernier domicile, on le suppose, diffère de la loi du domicile que le défunt avait lorsqu'il a testé. On demande si le testament vaudra? Non, le testament sera nul. Une volonté légalement manifestée, et qui était certainement celle du testateur, deviendra caduque, sans que le disposant ait changé de

(1) Story, *Conflict of laws*, §§ 465-467, p. 580 et suiv. de la 7e édition. Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, § 145, p. 190.

volonté, par cela seul qu'il aura pris un nouveau domicile, dont le plus souvent il ne connaîtra pas la loi, parce que, dans sa pensée, il n'a aucun intérêt à la connaître; il faudrait être un légiste nourri dans la *common-law* pour se douter qu'en changeant de domicile, il faut faire un nouveau testament. Les Anglais ont un profond respect pour leur *common-law*, qui fait partie de leur vie, et il leur arrive rarement de la changer; quand elle change, c'est par voie de jurisprudence. Dans l'espèce, la jurisprudence avait changé, mais la nouvelle doctrine était tellement absurde dans son application que le parlement fut obligé de la modifier.

Un acte du parlement de 1861-1862 (24 et 25 Victoria, c. 114) déclare quant aux biens mobiliers (*personal estate*) que tout testament fait par un sujet britannique, qui mourra après le 6 août 1861, sera validé et pourra être homologué, quel que soit le domicile du testateur au temps où il a fait son testament, ou au temps de sa mort, pourvu qu'il soit fait dans les formes prescrites par les lois en vigueur dans la partie du Royaume-Uni où ce testament sera fait; et que tout testament fait en dehors du Royaume-Uni par un sujet britannique sera, quant aux biens personnels, validé, et pourra être homologué, quel que soit le domicile du testateur au temps où il a fait le testament, ou au temps de sa mort, pourvu qu'il soit fait dans les formes prescrites par les lois du lieu où il aura été fait, ou par les lois en vigueur dans la partie des possessions de Sa Majesté où il avait son domicile d'origine. Il est établi par le même acte, qu'aucun testament d'une personne qui mourra après le 6 août 1861 ne pourra être révoqué ou invalidé à raison d'un changement subséquent de domicile du testateur. Enfin il est déclaré qu'un changement de domicile n'influera pas sur l'interprétation du testament (1). »

J'ai transcrit textuellement. Quelles ambages pour dire que le testament est valable s'il est fait d'après la loi du lieu où il est dressé! Et faut-il déclarer qu'un testament

(1) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 121 et suiv.

valable reste valable, malgré le changement de domicile du testateur, puisqu'il ne dépend plus du dernier domicile? et que ce dernier domicile, étranger au testament, ne peut en rien modifier la volonté du testateur, ni l'interprétation de cette volonté!

12. Les Etats-Unis sont généralement soumis à la *common-law* anglaise. Comme aucune loi analogue à l'acte du parlement de 1861 n'a modifié l'ancienne jurisprudence, celle-ci continue à régir les testaments : c'est donc toujours la loi du domicile, avec toutes ses absurdités, qui gouverne les anciennes colonies d'Angleterre. Outre ces anomalies, il y a encore l'incertitude résultant de ce qu'il est parfois impossible de déterminer avec quelque degré de probabilité quel était le domicile du défunt au moment où il a fait son testament. Voici un cas récent qui s'est présenté à New-York (1).

La testatrice, Mme Wurts, Américaine de naissance, demeurant à New-York, et domiciliée à New-York, quitta l'Amérique en 1859 avec son mari. Celui-ci mourut à Rome en 1861. La veuve se fixa à Nice, qu'elle habitait en hiver, jusqu'à sa mort, toujours dans le même hôtel, où elle conservait une chambre garnie et ses effets mobiliers. L'été elle voyageait. Elle mourut à Nice en janvier 1871, après avoir fait en novembre 1868, un testament dans les formes prescrites par la loi de New-York. D'après le code Napoléon, l'acte était nul. Elle y instituait le neveu de son mari légataire presque universel. Plusieurs neveux et nièces attaquèrent le testament. Quant aux immeubles situés à New-York, ils convenaient que le testament était valable, puisqu'il était fait dans les formes prescrites par la loi de la situation. Mais quant aux meubles, ils soutenaient qu'il fallait suivre la loi du domicile, et ils prétendaient que la défunte avait établi son domicile à Nice, donc elle aurait dû tester dans les formes françaises. Le juge décida que cela était vrai en droit, mais qu'en fait il n'était pas suffisamment établi que la testatrice eût changé de domicile. Ainsi la validité du testament

(1) Clunet, *Journal du droit international privé*, 1874, p. 86 et suiv.

dépendait d'un fait d'une incertitude telle, que le juge pouvait décider tout ce qu'il voulait, son pouvoir était absolument arbitraire. Le principe universellement admis sur le continent européen, et consacré aussi par la loi anglaise de 1861, prévient toute incertitude et tout arbitraire; la loi du lieu est toujours certaine, sauf la difficulté pour le juge étranger de la connaître. Cette difficulté pourrait être levée par des traités.

SECTION V — Du partage et des rapports.

ARTICLE Ier. — SUCCESSION « AB INTESTAT » ET TESTAMENTAIRE.

§ Ier — *Du partage.*

13. Les dispositions du code civil concernant le partage sont placées au titre des *Successions « ab intestat »*. Elles sont néanmoins générales de leur nature. Quelle que soit la qualité des successeurs appelés à recueillir l'hérédité, il faut une opération matérielle pour diviser entre eux les biens délaissés par le défunt : c'est le partage. Qu'importe que l'indivision existe entre héritiers ou entre successeurs irréguliers, ou entre héritiers ou légataires? Elle doit prendre fin, dès que l'un des communistes le demande; l'article 815, qui est d'ordre public, le veut, et l'ordre public ne distingue pas entre les diverses espèces de successeurs. Or, l'indivision ne peut cesser que par le partage, et le partage est soumis à certaines règles; celles-ci s'appliquent, par conséquent, à tout partage. Il y a cependant des règles spéciales, pour le partage d'ascendants : de là la division de la matière.

14. Quelle est la nature du statut qui régit le partage? Fœlix répond qu'il est réel (1); il n'en donne aucun motif sinon que tout ce qui concerne les successions *ab intestat*, et le partage de ces successions dépend, quant aux immeu-

(1) Fœlix, *Droit civil international*, t. Ier, p. 122 (4e édit.).

bles, de la loi de leur situation; ce qui implique que le partage d'une succession mobilière est régi par la loi du domicile, conformément à la vieille maxime qui dit que les meubles suivent la personne. Et comme presque toutes les successions sont partie mobilières, partie immobilières, le partage d'une seule et même succession sera régi par des lois différentes, d'abord pour les meubles, puis quant aux immeubles, il y aura autant de lois diverses qu'il y a d'immeubles situés dans des pays différents. Cette doctrine se justifie-t-elle par la tradition? est-elle conforme à la nature du partage?

Le système de la réalité, en matière de succession, n'a d'autre fondement que la tradition; j'ai cité bien des fois l'arrêt de la cour de cassation qui dit que tout est réel en cette matière; à l'appui de ce principe absolu, la cour ne cite d'autre témoignage que celui de d'Argentré. Il faut se défier des principes absolus dans notre science, même en ce qui regarde la tradition: nous en connaissons si peu les détails! Quel statut suivait-on, dans l'ancien droit, pour le partage? Si l'on s'en tient au mot, il faudra répondre que les anciens auteurs sont unanimes à se prononcer pour la réalité du statut. Froland a, dans ses *Mémoires*, un long chapitre intitulé : « Du partage des immeubles, meubles meublants, effets mobiliers, actions; et par quelle coutume il est d'usage d'y procéder. » Le légiste français déclare le statut réel, sans en faire seulement l'objet d'une question. Il l'avait déjà dit dans ses prolégomènes, où il établit les principes sur la personnalité et la réalité des statuts; pour mieux dire, il se borne à citer les autorités et elles abondent, surtout parmi les jurisconsultes belges et hollandais. Il va sans dire que Bourgoingne répute réels les statuts qui regardent les successions et les partages; tout est réel dans sa doctrine. Stockmans, qui se moquait du réalisme excessif de nos praticiens, était du même avis; et Rodenburgh, esprit si modéré et porté pour le système de la personnalité, partage l'opinion universelle; cela ne se discutait pas, cela se disait : les enfants, d'après l'expression de d'Argentré, n'en doutaient point. On croirait que le doute n'est point possible en présence de cette

masse de témoignages unanimes (1). Mais ouvrons le chapitre de Froland et voyons de quoi il y est question. Après avoir défini les diverses espèces de biens, l'auteur dit : « Quant aux immeubles réels, nulle difficulté que le partage doit en être fait suivant les coutumes dans l'étendue desquelles ils sont situés ; en sorte que les copartageants auront tantôt plus, tantôt moins, et qu'il pourra même se trouver que quelqu'un d'entre eux n'aura rien, tandis que les autres partageront abondamment les effets de la succession. » Puis Froland ajoute : « Tel est le sentiment de Dumoulin. *Mobilia sequuntur personam, immobilia situm.* La raison de cette jurisprudence est que, dans les cas où il s'agit des *successions*, les *coutumes* sont *réelles*, ce qui emporte avec soi la nécessité de les suivre, pour les biens qui sont situés dans leur ressort, en sorte qu'une même succession se partage diversement, eu égard aux différents biens que le défunt a laissés dans des coutumes qui ont des dispositions différentes. On ne voit pas que les avis aient jamais été partagés sur cette matière, que nos pères ont toujours considérée comme une matière réelle. Par là vous reconnaîtrez le caprice de nos coutumes : un cohéritier, quelquefois, enlèvera lui seul tous les fonds d'une province ; il partagera ceux d'un autre territoire par portion égale avec ses cohéritiers ; et peut-être il arrivera que, dans d'autres encore, il ne pourra rien prétendre. Un puîné partagera, dans une coutume, également avec son frère aîné ; dans une autre, il aura peu de chose, et dans une autre il sera totalement exclu de la succession. » Il est inutile de continuer cette citation. Froland et tous les anciens auteurs entendaient, par *partage* celui qui a lieu par la *loi*, c'est-à-dire la dévolution qui se fait des biens entre les héritiers, suivant leur qualité, et surtout suivant la nature des biens, selon qu'ils sont meubles ou immeubles, propres ou acquêts, enfin en tenant compte des priviléges d'aînesse et de masculinité.

(1) Froland, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, t. Ier, p. 67 et 68, et t. II, p. 1288 et suiv. Comparez Boullenois, *Questions qui naissent de la contrariété des coutumes et des lois*, p. 486, suiv.

Est-ce là l'objet du chapitre que le code civil contient sur le partage ? La loi commence par dire que personne ne peut être contraint de rester dans l'indivision et que le partage peut toujours être provoqué; puis elle dit par qui le partage peut être demandé, et quelle capacité il faut avoir pour agir. Après cela viennent de nombreux articles sur la manière de procéder au partage; enfin le code traite des effets du partage, de la garantie des lots et de la rescision.

Il est certain qu'il n'y a rien de commun entre le partage du code Napoléon et le partage de nos vieux légistes. Ceux-ci parlent du partage de droit, de la transmission et de la distribution des biens qui se font en vertu de la loi; tandis que le législateur français traite de l'opération matérielle du partage, de sa nature et de ses effets. Les deux matières sont essentiellement différentes : appliquera-t-on le même principe à deux ordres de faits juridiques qui procèdent de causes diverses, l'un de la loi, l'autre de la convention des parties intéressées ? S'il était vrai, comme le dit la cour de cassation, que tout soit réel dans la matière des successions, parce que telle est la tradition constante du droit français, il faudrait bien se soumettre à la loi, et déclarer réelles des dispositions qui dépendent de la volonté des parties contractantes, quelque absurde que soit l'énoncé seul de cette proposition. Mais est-il bien certain que telle soit la tradition?

15. Chose remarquable ! Nos anciens statutaires ne s'occupent pas de l'opération matérielle du partage; ils ne demandent pas quelle est la loi qui la règle, si c'est le statut personnel ou le statut réel. N'en faut-il pas conclure que cette matière ne donnait pas lieu à des conflits, les principes étant partout les mêmes, sauf des différences de détail? En effet, de quoi s'agit-il? quelle est l'essence du partage ? C'est une convention et une convention expresse. Or peut-il y avoir deux avis sur la nature des conventions ? Dans l'ancien droit, les réalistes eux-mêmes admettaient que les conventions produisaient leur effet partout, sans tenir compte de la situation des biens; il n'y a rien de réel en cette matière, l'autonomie des parties

devait donc produire tous les effets du statut personnel. Dumoulin avait donné une telle évidence à ce principe, que personne n'en doutait plus. Ne serait-ce pas là la raison du silence que les statutaires gardent sur le partage conventionnel? Quant au partage judiciaire, il se faisait d'après les règles de la procédure; c'est un procès, et toute procédure est régie par la loi réelle, territoriale, puisqu'elle est de droit public. Cependant j'ai trouvé un témoignage, en matière de successions, que l'on peut invoquer contre la prétendue tradition à laquelle la cour de cassation et les auteurs à sa suite donnent une universalité qu'elle n'a jamais eue. Froland cite une parole de Masuër, cet ancien et docte praticien, comme il l'appelle (1). En traitant des successions, il distingue entre les actes qui dépendent de la *coutume même*, sans le *fait* et le *ministère* de l'*homme*, et ceux qui dépendent de la *convention* des *parties contractantes*: quant aux premiers, dit-il, il faut se conformer à la coutume de la situation des immeubles; mais, par rapport aux seconds, il faut se conformer aux stipulations du contrat, et ces stipulations s'étendront et auront lieu partout. Ne peut-on pas appliquer, à la lettre, cette distinction au partage de droit et au partage de fait? Le premier se fait par la loi, sans le ministère de l'homme; le second est un contrat qui dépend de la volonté des parties contractantes; le premier est donc réel, et le second personnel, dans la théorie des statutaires. Ne serait-ce pas là la vraie tradition en cette matière?

Je n'ose rien affirmer, en matière de tradition, puisque nous ne la connaissons qu'imparfaitement. Les conflits éclatants qui se présentaient tous les jours attiraient l'attention des légistes: telles étaient les dispositions contraires des diverses coutumes sur les ordres de succession, et la transmission des biens dans le sein de chaque ordre, aux divers héritiers, selon leur qualité, et selon la nature et l'origine des biens : c'était l'œuvre de la loi, puisque la coutume tenait lieu de loi. Dans la théorie traditionnelle des statuts, ce partage-là devait dépendre de la situation

(1) Masuër, dans le titre *Des Successions ab intestat* (Froland, *Mémoires*, t. Ier, p. 96).

des biens, puisqu'il s'agissait de la transmission des immeubles, par l'effet de la coutume ou de la loi. Mais une fois que l'attribution aux divers héritiers est faite, l'œuvre de la loi est accomplie; le partage qui reste à faire n'est plus qu'une opération matérielle, qui regarde uniquement les héritiers, et qui se fait par eux, comme ils le jugent convenable: faut-il demander si le concours libre de la volonté des parties dépend de la situation des biens? La question serait un non-sens. Ici l'on doit appliquer la distinction si nettement établie par notre docte praticien Masuër : l'attribution des biens, qui est l'œuvre de la loi, dépend de la situation des biens: le partage matériel, qui est l'œuvre de l'homme, dépend de la loi personnelle des héritiers, pour mieux dire, de leur autonomie. Je ne sais si telle était la pensée de Masuër; toujours est-il que la distinction qu'il établit s'applique au partage de droit et au partage de fait. Cela résulte d'ailleurs à l'évidence des dispositions du code civil.

16. Le code pose d'abord le principe que nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, et que le partage peut toujours être provoqué (art. 815). Est-ce la *loi* qui donne ce droit aux héritiers? Non, la loi leur a transmis la propriété des biens héréditaires; tant que le partage matériel n'est point fait, ils sont dans l'indivision, ils sont copropriétaires et ils ont droit à une propriété exclusive : la copropriété ne leur donne pas les avantages de la propriété divisée, ils ont donc le droit de mettre fin à l'indivision. Les socialistes essayent vainement de faire de la communauté un idéal; l'homme est un être essentiellement individuel, et la propriété exclusive n'est qu'une face de cette individualité. En appelant les parents à succéder, la loi, ou Dieu, comme disaient nos ancêtres, donne à chacun d'eux une part dans les biens délaissés par le défunt ; chacun d'eux a donc le droit de demander cette part, ce qui nécessite l'opération matérielle que l'on appelle partage. Ainsi les héritiers ne tiennent pas de la loi le droit que l'article 815 leur accorde ; c'est une conséquence de la propriété qui leur appartient comme héritiers, propriété qui elle-même découle de la copropriété de

famille, ou du lien du sang. Or, les attributs du droit de propriété ne sont pas l'œuvre de la loi ; celle-ci ne fait que sanctionner le droit; partant les héritiers, comme tels, peuvent toujours demander le partage. Ce droit, inhérent à leur qualité, à leur personne, est par cela même personnel; le partage de droit dépend de la situation des biens, dans le système de la réalité, mais la demande d'un partage de fait n'a rien de commun avec les lieux où les biens sont situés; ces biens sont la propriété des héritiers; donc ils ont le droit d'en provoquer le partage.

17. Comment se fait le partage que les héritiers provoquent? Chacun des héritiers ayant un droit indivis dans les biens de l'hérédité, tous doivent être appelés au partage. Le partage ne fait que liquider des droits préexistants, ce qui implique que tous les héritiers y figurent; une liquidation sans le concours de tous les ayants droit ne se conçoit pas, ce serait un acte inexistant, une convention sans le consentement des parties intéressées, donc le néant. Le partage est régulièrement conventionnel. Aux termes de l'article 819 du code Napoléon, les héritiers, quand ils sont présents et majeurs, peuvent faire le partage dans la forme et par tel acte qu'ils jugent convenable. Tout ce que la loi exige, c'est qu'il y ait concours de consentement; du reste la loi ne prescrit rien aux héritiers et ne leur défend rien. Il y a eu quelque hésitation dans la jurisprudence sous le rapport de la forme. La cour de cassation commença par juger que l'*acte* de partage dont parle l'article 816 doit être un acte écrit, qu'en conséquence un partage verbal ou fait par un écrit nul n'avait aucune existence; c'est une erreur dont la cour est revenue, en décidant que, par le mot *acte*, il fallait entendre la convention des héritiers (1). Un consentement formel est nécessaire pour qu'il y ait partage, puisque le partage est un contrat; du reste la loi laisse aux parties une entière latitude, quant à la forme: elles peuvent dresser un écrit de leurs conventions, soit par devant notaire, soit sous seing privé, ou faire un partage verbal. Je dirai, dans le

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. X, p. 333, n° 302.

cours de ces Etudes, que la loi hypothécaire belge a apporté une dérogation à ce principe, en ordonnant la transcription des actes déclaratifs de propriété immobilière; les actes de partage qui contiennent des immeubles doivent être transcrits pour qu'on puisse les opposer aux tiers, et l'on n'admet à la transcription que les actes authentiques. Entre les parties, aucune forme n'est requise pour la validité du partage, et la preuve se fait d'après le droit commun.

Cela est décisif, en ce qui concerne le statut qui régit le partage. C'est le cas d'appliquer le principe établi par Masuër; le partage dépendant uniquement du fait de l'homme, sa volonté y domine; or la volonté est indépendante de la situation des biens; elle a effet partout, dans tous les pays. En ce sens le statut du partage est personnel. A vrai dire, la théorie des statuts est hors de cause, car le statut suppose une loi qui s'impose aux parties, et dans le partage, la loi laisse une entière liberté aux parties contractantes. C'est leur autonomie qui y règne ; or, l'autonomie ne forme pas plus un statut personnel qu'un statut réel ; il faut dire avec le code civil (art. 1134) que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ces lois s'étendent à tous les biens que les parties y veulent comprendre; les réalistes les plus outrés n'ont jamais contesté ce principe.

18. Le partage étant un contrat, les héritiers doivent être capables de contracter pour le consentir. Quelle est la capacité requise? Sur ce point il y a quelque difficulté. Pothier dit que le partage étant une espèce d'aliénation, les parties doivent être capables d'aliéner; en droit français, cela n'est pas exact, puisque le partage est un acte déclaratif et non, comme en droit romain, un acte translatif de propriété. D'un autre côté, la capacité d'administrer ne suffit point, car le tuteur, quoique capable de faire les actes d'administration, ne peut faire un partage qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Il faut donc conclure que la loi exige une capacité spéciale pour consentir un partage: c'est le texte de la loi qui décide la question. Au point de vue de la nature du statut, cela est

indifférent: dès que les parties doivent avoir une certaine capacité, le statut devient personnel. Ici ce n'est plus l'autonomie qui domine; elle est, au contraire, exclue; c'est la loi qui décide quelles personnes sont capables ou incapables de consentir un partage. Or, la capacité dépend du statut personnel. Dans la théorie traditionnelle, il reste cependant un doute; s'il était vrai, comme le dit la cour de cassation, que tout, en matière de succession, dépend du statut réel, il faudrait admettre aussi que la capacité de partager est déterminée par la loi du lieu où les biens sont situés. Ce serait une nouvelle anomalie, et une nouvelle absurdité à ajouter à toutes celles qui découlent de la réalité du statut de succession. Il en résulterait, en effet, que le statut de la capacité serait tout ensemble personnel et réel; que, pour les meubles héréditaires, les héritiers devraient être capables d'après leur loi personnelle ou nationale; tandis que, pour les immeubles, ils devraient avoir la capacité exigée par la loi du lieu où ils sont situés, ce qui aboutirait à une capacité différente pour les immeubles situés sous des lois différentes : quel dédale de principes incohérents et contradictoires! Une même personne, tout ensemble capable et incapable pour un seul et même fait juridique, et pour une seule et même espèce de biens! Les réalistes attachés à la tradition, tels que Fœlix, objecteront que, la capacité requise pour le partage étant une capacité spéciale, il faut appliquer le principe de la tradition, qui réputait réel tout statut relatif à la capacité, sauf quand il s'agissait de l'état général des personnes. J'ai bien des fois répondu à cette objection; je peux donc renvoyer à ce qui a été dit dans la partie générale de ces Etudes (1).

19. Tels sont les principes; je les crois incontestables. Cependant on invoque la jurisprudence. Les arrêts sont très rares en cette matière; je n'en connais aucun qui ait décidé la question en termes formels; ceux que l'on cite sont conçus dans des termes vagues et généraux, qui ne disent rien et ne prouvent rien. Il y a d'abord un arrêt

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, n° 57.

de Colmar. En 1791, décède à Sasspach, dans le grand-duché de Bade, un baron de Gerardy ; la demande en partage des immeubles que le défunt possédait en France est portée devant le tribunal de Schelestadt, lieu de leur situation. L'un des héritiers décline la juridiction et demande le renvoi devant la justice de Sasspach, lieu de l'ouverture de la succession ; il invoque l'article 59 du code de procédure, aux termes duquel les demandes à fin de partage des biens d'une succession doivent être introduites devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte. Le tribunal de première instance écarta le déclinatoire, en se fondant sur l'article 3 du code Napoléon ; la loi française devant seule régir la succession des biens situés en France, il en faut induire que les tribunaux français sont seuls compétents pour connaître des demandes en partage, la succession devant être censée ouverte en France. Appelé devant la cour de Colmar, l'intimé invoque l'autorité de Dumoulin qui répute réel tout statut concernant des immeubles. La cour décida que l'article 3 du code civil soumettant les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, à la législation française, soumet, par une conséquence nécessaire, ces mêmes immeubles à la juridiction française, le droit de juridiction étant, comme celui de législation, une émanation de la souveraineté, et l'un embrassant comme l'autre toute l'étendue du territoire (1). La décision est juste, mais elle ne concerne pas la question de principe que je viens d'examiner. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une action portée en justice et de la compétence du tribunal appelé à connaître du partage : le partage n'était donc pas conventionnel, il était judiciaire ; dès lors la volonté des parties était hors de cause, la juridiction ainsi que la procédure dépendant du droit public, donc du statut réel. La cour pouvait, dans l'espèce, invoquer l'article 3, tel qu'il a été expliqué par Portalis : la souveraineté était engagée dans le débat, partant le statut devenait réel. Mais de là ne suit pas, comme la cour semble le supposer, que le

(1) Colmar, 12 août 1817 (Sirey, *Nouveau Recueil*, t. V, p. 316).

statut est réel dès que le débat porte sur un immeuble. Quand les héritiers partagent de gré à gré une succession purement immobilière, leur convention ne dépend certes pas de la loi du lieu où les immeubles sont situés, puisque eux-mêmes font cette loi, et l'autonomie n'a jamais été qualifiée de réelle. Cela prouve qu'il ne faut pas prendre au pied de la lettre les décisions judiciaires qui invoquent, en cette matière, l'article 3 du code civil : tout dépend de l'objet du débat.

On cite encore un arrêt de la cour de cassation également absolu, à considérer les termes de la décision. Sur une action en partage d'une succession ouverte à la Jamaïque, la cour d'Orléans décida que la demande était non recevable, bien que l'immeuble dont la demanderesse provoquait le partage fût situé en France. L'arrêt a été cassé. La cour se fonde toujours sur l'article 3, lequel, conforme aux anciens principes, soumet à la loi française les immeubles situés en France, même ceux possédés par un étranger. Cette disposition embrasse dans sa généralité tous les droits de propriété et autres droits réels qui sont réclamés sur ces immeubles. De là la cour conclut que l'action formée par la demanderesse, comme héritière de son père, à fin de partage ou de licitation du domaine litigieux, devait être jugée par la législation française seule, et sans influence des lois étrangères (1). Dans l'espèce, cela était vrai, puisqu'il s'agissait du droit réclamé par la demanderesse, laquelle soutenait que l'immeuble donné à sa sœur devait être rapporté par celle-ci, pour être partagé ou licité. Ce n'est pas le partage qui faisait l'objet du débat, c'est le droit que la demanderesse prétendait exercer sur l'immeuble. On était donc dans le texte et dans l'esprit de l'article 3, tel qu'il doit être interprété par la tradition. Mais de là il ne faut pas conclure que toute demande où il est question d'immeubles tombe sous l'application de l'article 3. Je suppose que, dans l'espèce, les parties eussent été d'accord sur la nature de la donation faite par un père à l'une de ses filles, et sur

(1) Cassation, 14 mars 1837 (Sirey, 1837, 1, 195).

l'obligation de la rapporter ; elles auraient procédé, dans cette hypothèse, à un partage conventionnel. Puis des difficultés se seraient élevées sur ce partage : est-ce que, pour interpréter la convention, le premier juge aurait dû appliquer la loi de la situation des biens? Non certes, car le partage conventionnel dépend de la loi que les parties se font et non de la loi territoriale ; donc la théorie des statuts eût été étrangère au débat.

20. Le partage n'est pas toujours conventionnel. Quand les héritiers sont présents et majeurs, ils peuvent faire le partage dans la forme et par tel acte qu'ils jugent convenable. Si tous les héritiers ne sont pas présents, ou s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits, le partage doit être fait en justice. Il en est de même si les héritiers, quoique majeurs et capables, ne s'entendent pas (C. Nap., art. 819, 838 et 823). Il y a donc un partage judiciaire ; les formes en diffèrent selon qu'il est fait par des majeurs capables, ou que des incapables y sont intéressés. D'après le droit français, les formes du partage judiciaire sont les mêmes, dans tous les cas où il y a lieu à ce partage. La loi belge du 12 juin 1816 a dérogé sous ce rapport au code civil. Quand des mineurs ou des interdits sont intéressés dans un partage, il se fait par le ministère d'un notaire, par devant le juge de paix du canton où la succession s'est ouverte. Les mineurs non émancipés sont représentés par leur tuteur, et s'il y a opposition d'intérêts entre le tuteur et son pupille, par le subrogé tuteur. Si le mineur est émancipé, il doit être assisté de son curateur. La loi de 1816 ne parle que des mineurs et des interdits qui leur sont assimilés. Une décision du roi des Pays-Bas du 4 septembre 1816 a étendu le bénéfice de la loi de 1816 aux absents, ce qui comprend aussi les non-présents. Il ne reste donc qu'un seul cas dans lequel on doit observer les formes du partage judiciaire, telles qu'elles sont déterminées par le code civil et le code de procédure civile, c'est le partage entre majeurs qui ne s'entendent pas ; il y a procès, dans ce cas, et tout procès doit être porté devant les tribunaux.

Faut-il appliquer au partage judiciaire ce que j'ai dit

du partage conventionnel? La négative est certaine. Je viens de dire que le partage fait en justice est un procès; or, les formes de la procédure ne dépendent en rien de la volonté des parties intéressées; elles sont réglées par la loi qui les impose aux plaideurs; la procédure est une dépendance du droit public, et le droit public forme un statut réel, qui reçoit son application aux étrangers comme aux naturels du pays où le procès s'agite. Cela est décisif. Il n'y a plus à distinguer si le partage a pour objet des immeubles ou des meubles; c'est en vertu d'une autre disposition de l'article 3 que la procédure dépend du statut réel; elle forme une loi de police dans l'acception la plus large du mot, et abstraction faite de tout texte, le principe de la souveraineté suffirait pour décider la question, si question il y avait. La distribution de la justice se fait par un des grands pouvoirs, le pouvoir judiciaire, lequel agit en vertu d'une délégation de la nation souveraine; or la souveraineté est exclusive de son essence; on ne conçoit pas même qu'il y ait deux justices, l'une pour les étrangers, l'autre pour les citoyens. Il en était ainsi jadis, à une époque où la notion de l'Etat n'avait pas encore pris tout son développement; dans nos idées modernes, la souveraineté ne comporte plus de division. Portalis l'a dit en exposant les motifs de l'article 3, et quand la souveraineté est réellement en cause, cela est d'évidence.

21. En est-il de même du partage où figurent des incapables? Ce partage reste un partage judiciaire, quoique l'on n'observe plus les formalités longues et coûteuses de la législation française : il se fait devant un magistrat, le juge de paix représente la justice; c'est lui qui préside aux opérations ; il a été jugé par la cour de Gand, et avec raison, que le notaire ainsi que tous ceux qui assistent au partage sont soumis à son autorité (1). La loi le charge spécialement de veiller à ce que les intérêts des mineurs soient sauvegardés. Ceci répond à une objection que l'on pourrait faire. Les formalités prescrites à raison de l'incapacité des mineurs ou autres incapables dépendent de

(1) Gand, 9 décembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 36).

leur statut personnel, ou national. N'en faut-il pas dire autant des formalités du partage? Ce serait très mal raisonner. Quand il s'agit de faire des conventions où figurent des mineurs, il faut observer les formes que la loi prescrit pour protéger ceux qui ne peuvent se protéger eux-mêmes : telles sont l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Dans les procès où les mineurs sont en cause, la justice a pour mission de protéger les incapables, comme elle protége tous ceux qui ont des droits à exercer; il n'y a point de formes spéciales prescrites à raison de leur incapacité. Or dans les partages qui se font devant le juge de paix, ce magistrat représente la justice; cela suffit pour la garantie des mineurs.

De là suit que si des mineurs français sont intéressés dans un partage qui se fait en Belgique, on observera à leur égard les formes de la loi de 1816. S'ils ont des copartageants belges, cela va sans dire, car ce serait une étrange idée que de suivre des formes différentes dans un seul et même acte juridique, pour les divers copartageants : s'il y a une impossibilité juridique, c'est celle-là. Quand même tous les héritiers seraient Français, encore devrait-on procéder d'après la loi de 1816 s'il y avait des mineurs, parce que toute loi de procédure est territoriale. Par contre, les mineurs belges, intéressés dans un partage de biens situés en France, n'y jouiraient pas du bienfait de la loi de 1816 : les juges de paix français n'auraient aucun droit de procéder à un partage qui, d'après le code civil, doit se faire devant le tribunal. Tout est d'ordre public dans la distribution de la justice, donc aussi dans le partage judiciaire. Seulement, si les héritiers sont majeurs, ils peuvent toujours remplacer les longues formalités du partage judiciaire par le partage conventionnel; puisqu'il dépend d'eux d'arrêter un procès et de faire le partage comme ils l'entendent. Il n'en est pas de même des incapables; les mineurs ne pourraient pas, ni les tuteurs pour eux, renoncer au partage judiciaire, quelque intérêt qu'ils eussent, si le partage se faisait en France, à remplacer les formes compliquées du code de procédure par des formes plus simples. L'ordre public et la souveraineté

territoriale s'y opposent. Il ne reste qu'à exprimer le désir, déjà si souvent formé, que les législateurs veuillent bien établir des formes telles que la justice se rende, non dans l'intérêt des gens de loi, mais dans l'intérêt des justiciables, et surtout de ceux qui, à raison de leur incapacité, sont soumis malgré eux à des formes judiciaires.

22. Le partage dans lequel des mineurs sont intéressés donne lieu à des difficultés particulières. Aux termes de l'article 466 du code civil, le partage fait par le tuteur au nom du mineur ne produit l'effet qu'il aurait entre majeurs que s'il est fait en justice, dans les formes prescrites par la loi : tout autre partage ne sera considéré que comme *provisionnel*. L'article 840 reproduit cette disposition. La loi suppose que le tuteur a été autorisé par le conseil de famille à procéder au partage; mais il n'a pas observé les formes prescrites. D'après le droit commun (art. 1311), le partage, nul en la forme, devrait être nul; au lieu de l'annuler, le législateur le maintient en le transformant en un partage provisionnel, c'est-à-dire de jouissance. Quel est le motif de cette dérogation? Le partage, à la différence des conventions ordinaires, intéresse un grand nombre de personnes; quand il est annulé, tous les actes faits par les copartageants, même les actes d'administration et de jouissance viennent à tomber. C'est un trouble profond dans les relations civiles. Mieux valait maintenir le partage, en décidant qu'il vaudrait comme acte de jouissance; les fruits ne devant pas être rapportés, les actes d'administration resteront valables; les parties intéressées sauront qu'elles ne peuvent pas faire d'actes de disposition, par suite les droits des tiers ne seront pas compromis. Il y a un inconvénient, il est vrai, c'est que la jouissance seule est partagée, la propriété reste indivise; or, les parties voulaient mettre fin à l'indivision, c'est donc qu'elles y avaient intérêt, et les voilà de nouveau, et malgré elles, en état d'indivision. Je réponds que cette indivision n'est forcée qu'en un sens, c'est que le partage irrégulier n'y a pas mis fin; mais rien n'empêche que les intéressés, les mineurs et tous les copartageants ne provoquent un partage définitif. La loi concilie donc tous

les intérêts. Je renvoie à mon cours de *Principes*, les difficultés de la matière (1); elles sont étrangères au droit civil international.

Il y en a une qui concerne la nature du statut : faut-il appliquer au partage provisionnel ce que j'ai dit du partage en général? dépend-il du statut personnel des parties intéressées? La solution n'est pas douteuse quand les parties ont voulu faire un partage provisionnel; en effet, ce partage est le résultat d'une convention, et toute convention procède de l'autonomie, et est régie en ce sens par le statut personnel des contractants. Mais, dans l'espèce, les parties n'ont pas entendu faire un partage de jouissance; dans leur intention, le partage devait être un partage définitif, c'est-à-dire de propriété; c'est parce que le partage est irrégulier que la loi le déclare provisionnel. N'est-ce pas le cas d'appliquer la règle de Masuer, et de décider que ce qui est l'œuvre de la loi dépend du statut réel de la situation des biens (n° 15)? Je crois que ce serait mal appliquer un principe très juste. La loi intervient dans l'espèce, mais pourquoi? Est-ce à raison des biens et de leur situation? La question n'a pas de sens. Si la loi change un partage irrégulier de propriété en un partage provisionnel, c'est d'abord dans l'intérêt des mineurs; d'après le droit commun qui régit les conventions où les mineurs sont parties, le partage serait nul; mais comme l'incapacité des mineurs produirait, dans ce cas, de nombreux inconvénients, la loi fait exception à la règle, en maintenant le partage au profit des mineurs et des copartageants. Ainsi, c'est l'incapacité des mineurs qui joue le grand rôle dans le partage provisionnel; or, le statut de l'incapacité est personnel, donc les conséquences de l'incapacité doivent avoir le même caractère. Il est vrai que c'est la loi qui transforme le partage nul en un partage provisionnel; mais c'est aussi la loi qui déclare certaines personnes incapables, et qui annule les actes qu'elles font, ce qui n'empêche pas la loi d'être personnelle; il faut même qu'il y ait une loi pour qu'il puisse

(1) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 305 et suiv., § III.

être question d'un statut personnel; quand c'est la volonté seule des parties qui agit, il n'y a pas de loi, c'est l'autonomie des contractants qui détermine les effets de leurs conventions, et l'on a tort d'appeler l'autonomie un statut. Si notre vieux praticien ne parle que du cas où la volonté seule des parties agit, c'est que Masuer voulait opposer la convention à la loi, afin de limiter l'empire de la réalité à l'action de la loi, en matière de succession; mais il n'entendait certes pas dire que dans tous les cas où la loi seule intervient, le statut est réel, c'eût été nier le statut personnel que les glossateurs avaient admis depuis des siècles.

23. Le partage provisionnel légal est un principe particulier au droit français; on ne le rencontre pas dans les autres législations. De là un conflit entre les lois étrangères et le code civil. Je suppose qu'un mineur étranger soit partie dans un partage fait en France; le partage est irrégulier, les formes prescrites par la loi française n'ayant pas été observées : pourra-t-il demander la nullité du partage? ou le partage sera-t-il provisionnel? Comme c'est à raison de l'incapacité du mineur que le partage est nul, et que le statut personnel du mineur étranger le suit en France, il faudrait décider que le partage est nul, en vertu de ce statut et que partant le mineur en peut demander la nullité. Mais n'y a-t-il pas, dans l'espèce, un statut territorial qui domine le statut personnel? Je le crois. Si la loi transforme le partage irrégulier, et nul en la forme, en partage provisionnel, ce n'est pas uniquement en faveur des mineurs, c'est dans l'intérêt de tous les copartageants, et de plus, dans l'intérêt des tiers, afin de maintenir les actes qui peuvent intervenir entre les copartageants et les tiers, tels que aliénations, hypothèques, baux; or l'intérêt des tiers est un intérêt général; en ce sens, le statut du partage provisionnel doit l'emporter sur le statut personnel du mineur étranger.

N° 2. APPLICATION DU PRINCIPE. CONFLIT ENTRE LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ITALIEN.

24. Les diverses législations, alors même qu'elles repo-

sent sur le même principe, diffèrent dans l'application : de là d'inévitables conflits qui soulèvent des questions de droit civil international. Il est impossible de prévoir toutes ces collisions, à moins d'écrire des centaines de volumes sur notre science, et ces interminables débats seraient le plus souvent inutiles, en ce sens que le conflit, possible en théorie, se présente rarement en fait. Ce qui le prouve, c'est la rareté de la jurisprudence, en cette matière, même dans les relations entre peuples voisins. Les merveilleuses communications que les découvertes de la science ont établies entre les peuples datent d'hier. Les voyages se multiplient, il est vrai, dans des proportions inouïes jadis, mais on voyage pour son plaisir; pour qu'il naisse des rapports de droit entre hommes de nations diverses, il faut des relations d'affaires, qui se nouent plus lentement; dans le principe, elles se bornent à des conventions commerciales, et les conflits dont notre science s'occupe ont presque tous leur origine dans le droit qui régit les familles, ce qui implique des alliances; jusqu'ici les mariages internationaux sont un fait rare, surtout entre pays lointains, de culture différente. Bref, nous ne sommes encore qu'au début de la révolution que la vapeur et l'électricité ont inaugurée. Dans cet état de choses, il serait oiseux de prévoir les conflits qui pourront surgir un jour entre les lois qui régissent les divers peuples; jusqu'ici ces débats ne se produisent que dans le domaine de la théorie, or le droit n'est pas une science abstraite, c'est une face de la vie. Il faut donc attendre que la vie se développe, avant de songer à vider les conflits auxquels les complications des relations internationales donneront nécessairement lieu. Pour le moment, notre science doit se borner à établir des principes certains; c'est déjà un travail immense, et pour lequel il faudra des générations de légistes; si par-ci par-là nous soulevons des questions que la pratique ignore, c'est pour mettre les principes en évidence, et en quelque sorte à l'épreuve; car ce n'est que dans la vie réelle que l'on pourra apprécier les principes que la science établit ; les hommes ne sont pas faits pour les principes, les principes sont faits pour les hommes. En ce sens, les principes pro-

céderont des faits, et de leur infinie variété, mais la science ne saurait avoir la prétention d'imposer ses principes à des faits qu'elle ignore; ce serait s'égarer presque nécessairement dans des abstractions oiseuses et fausses. Il ne faut pas que notre science, essentiellement positive, ressemble à ces innombrables traités de droit naturel, qui n'ont jamais servi à quoi que ce soit.

25. L'article 815 du code civil établit un principe fondamental, en matière de partage : nul ne peut être contraint à rester dans l'indivision. La loi ajoute : « On peut néanmoins convenir de suspendre le partage pendant un temps limité : cette convention n'est pas obligatoire au delà de cinq ans, mais elle peut être renouvelée. » Des motifs de convenances ou d'intérêt peuvent engager les héritiers à suspendre le partage; le législateur a donc dû laisser une certaine latitude aux parties intéressées en admettant une exception à côté de la règle; mais les raisons d'ordre public qui ont fait porter la règle reparaissent jusque dans l'exception, la loi ne veut pas qu'elle s'étende au delà de cinq ans. On admet généralement que si la convention d'indivision excède ce terme, elle n'est pas nulle, qu'elle est seulement réductible; l'intention des héritiers qui prolongent l'indivision au delà de cinq ans, est que le partage soit ajourné autant que la loi le permet, donc au moins pour cinq ans. Le code d'Italie permet de faire une convention d'indivision pendant dix ans (art. 681). Si un Italien était partie dans une convention faite en France, pourrait-il stipuler l'indivision pendant dix ans? En vertu de son statut personnel, il le pourrait, et l'on sait que d'après le droit italien les successions dépendent du statut national. Mais le statut italien ne serait-il pas dominé, dans l'espèce, par le statut territorial? Je le crois. L'indivision est considérée par le législateur français comme contraire à l'ordre public; il admet seulement une exception temporaire pour un délai de cinq ans; donc une suspension de dix ans est en opposition avec l'intérêt général, tel que la loi française le comprend et l'impose aux parties contractantes; il n'appartient pas plus aux étrangers qu'aux naturels de déroger

à des lois d'ordre public; car ces lois obligent tous les habitants du territoire, à titre de lois de police (C. Nap., art. 3).

Le testateur peut-il prohiber le partage entre ses héritiers? peut-il au moins le suspendre pendant un terme de cinq ans? La question est controversée. A mon avis, elle est décidée négativement par le texte et par l'esprit de la loi. Il est certain que le testateur ne peut pas prohiber le partage, car l'article 815 dit que le partage peut toujours être provoqué, nonobstant des *prohibitions contraires*; la loi permet aux héritiers de faire une convention d'indivision pour cinq ans, mais elle ne permet pas au testateur d'imposer l'indivision, et avec raison; c'est aux héritiers de voir ce que les convenances ou leur intérêt exigent; le pouvoir du testateur cesse à sa mort; il ne peut faire pour cause de mort que des dispositions que la loi autorise. Le code d'Italie pose également en principe que les héritiers peuvent toujours demander le partage d'une succession nonobstant toute défense du testateur. « Néanmoins, dit l'article 984, quand tous les héritiers institués ou quelques-uns d'entre eux sont mineurs, le testateur peut interdire le partage de la succession entre eux, jusqu'à l'expiration d'une année à partir de la majorité du moins âgé. » La loi craint que les intérêts des mineurs ne soient pas suffisamment garantis par un partage fait pendant leur minorité; mais s'il y a des cohéritiers majeurs, ne faut-il pas tenir compte aussi de leurs convenances? et l'intérêt des mineurs eux-mêmes ne peut-il pas exiger que le partage se fasse, et qu'ils aient le droit de disposer de leur part? Le code italien ajoute une exception à l'exception: les tribunaux, si des circonstances graves et urgentes l'exigent, autorisent le partage. Autant valait maintenir le droit commun de la liberté des conventions. Toujours est-il que si parmi les héritiers, il se trouvait des mineurs français, ceux-ci ne seraient pas liés par la loi italienne; leur statut personnel leur donne le droit de provoquer le partage, sans qu'aucune prohibition puisse les en empêcher, et la liberté doit l'emporter sur une loi qui entrave l'exercice d'un droit qui tient à l'ordre public. Peu impor-

terait, du reste, la situation des biens, car la défaveur qui frappe l'indivision forcée n'a aucun rapport avec les biens, elle est fondée sur les inconvénients et abus qui peuvent résulter de l'indivision entre les personnes. Peu importe même que la succession s'ouvre en Italie ou en France; car le statut qui concerne la liberté de contracter est un statut personnel, la liberté étant le fondement de l'état dont les personnes jouissent dans la société civile, et ce statut suit les Français en pays étranger. De leur côté les cohéritiers italiens ne pourraient pas opposer au mineur français la loi territoriale; on ne peut pas considérer comme une loi d'ordre public une loi qui permet l'indivision pendant toute la minorité, donc pendant plus de vingt ans le véritable intérêt général demande que le partage puisse toujours être provoqué.

26. Il y a un autre conflit entre le droit français et le droit italien : le code d'Italie n'a pas maintenu le retrait successoral, que le code Napoléon a emprunté à l'ancien droit. On lit dans le rapport fait au Tribunat par Chabot sur le titre des *Successions* : « Les étrangers qui achètent des droits successifs apportent presque toujours la dissension dans les familles et le trouble dans les partages. Le projet donne le moyen de les écarter. L'article 841 dispose que « toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession. Il est de l'intérêt des familles, continue Chabot, qu'on n'admette pas à pénétrer leurs secrets, et qu'on n'associe pas à leurs affaires des étrangers que la cupidité ou l'envie de nuire ont pu seules déterminer à devenir cessionnaires (1). »

Ce sont de mauvaises raisons à l'appui d'une mauvaise cause. L'acheteur de droits successifs n'agit ni par envie de nuire, ni par une curiosité indiscrète, il agit par intérêt, et ce mobile est légitime, puisque c'est celui de toutes les conventions qui se font à titre onéreux. Il y a une ob-

(1) Chabot, *Rapport*, n° 59 (Locré, t. V, p. 126, édit. de Bruxelles)

jection décisive contre le retrait successoral, c'est une expropriation de l'acheteur, que l'on force à céder son marché à l'héritier qui exerce le retrait ; or, personne ne peut être exproprié que pour cause d'utilité publique, et l'on chercherait vainement où est l'utilité publique en fait de retrait. Le retrait successoral est encore en opposition avec un autre principe de nos sociétés modernes, la liberté du commerce. Pourquoi empêcher l'héritier de vendre ses droits successifs, s'il y trouve son intérêt? Le retrait entrave l'exercice d'un droit naturel; ces entraves viennent d'une époque où l'on ne comprenait pas la liberté, qui est l'âme de toutes les transactions civiles. Le législateur italien a bien fait d'abolir un droit qui viole tous les droits.

Avant d'examiner quelle est la nature du statut qui autorise le retrait, il faut se fixer sur le caractère d'un droit que l'on défend par des motifs d'intérêt général. Je lis dans un arrêt de la cour de cassation que le retrait successoral est fondé sur l'*ordre public*. Un autre arrêt dit qu'il importe à la *morale* que des spéculateurs étrangers à la succession ne soient point associés aux affaires des cosuccessibles, et admis à pénétrer dans des secrets de famille auxquels ils ne doivent pas participer (1). Si le retrait avait pour fondement la *morale* et l'*ordre public*, il faudrait dire que la loi qui l'autorise est un de ces statuts territoriaux que l'on qualifie de réels, pour marquer qu'ils dominent le statut personnel de l'étranger. La conséquence serait étrange; une loi qui viole le droit du propriétaire tout ensemble et la liberté du commerce deviendrait un statut d'intérêt général! Cela est contradictoire dans les termes. Le retrait est une erreur législative, et l'erreur dans laquelle sont tombés les auteurs du code ne peut pas changer la nature des choses. On dira que l'interprète doit prendre la loi telle qu'elle est, et qu'il n'a pas le droit d'en altérer le caractère. Rien de plus vrai; et c'est aussi ce que j'ai fait dans mes *Principes de droit civil*. Mais les motifs ne sont pas une loi; ils nous en font

(1) Cassation, 15 mai 1844 (Sirey, 1844, 1. 605).

connaître l'esprit; mais quand le législateur s'est trompé, il ne peut, malgré sa toute-puissance, transformer l'erreur en vérité. D'ailleurs Chabot ne dit pas ce que la cour de cassation lui fait dire, il ne prononce pas les mots de *morale* et d'*ordre public*, et la cour elle-même dément par ses arrêts ce qu'elle affirme dans ses considérants : la jurisprudence et la doctrine sont unanimes à admettre que les héritiers peuvent renoncer au droit de retrait, et renonce-t-on à ce qui est d'ordre public? renonce-t-on à ce que la morale commande? Bien loin que le retrait soit d'intérêt général, il est en opposition avec des principes qui sont d'intérêt général, de l'aveu de tout le monde : le droit de propriété et la liberté de contracter.

Les glossateurs donnaient aussi le nom de statut réel à des lois qu'ils considéraient comme contraires au droit commun et à la justice éternelle : telle était la loi qui excluait les filles au profit des mâles. En ce sens on pourrait qualifier le retrait de statut réel, afin d'en limiter l'application au pays qui a admis cette exception au droit commun. Et l'on peut, en un autre sens, qualifier de statut réel la loi qui abolit le retrait, puisqu'elle est d'intérêt général; en effet, elle rétablit le propriétaire dans ses droits, et elle rend la liberté au commerce, en autorisant la vente de droits successifs. Ce singulier conflit entre une loi qui permet le retrait et une loi qui le défend, se présenterait si une succession s'ouvrait en Italie et que l'un des héritiers italiens cédât sa part : l'héritier français pourrait-il, dans ce cas, exercer le retrait? Il pourrait invoquer la personnalité du statut des successions, consacré par le code d'Italie, et dire qu'en sa qualité d'héritier français, il a le droit d'exercer le retrait. On lui ferait deux réponses que je crois également péremptoires. D'abord, on dirait avec les glossateurs que le droit de retrait est un statut réel, puisqu'il est contraire au droit commun, et à ce titre limité au territoire français. On lui dirait encore que l'abolition du retrait forme également un statut réel, d'intérêt général, et qu'à ce titre un étranger ne peut se prévaloir de son statut qui autorise le retrait, contre le statut territorial qui l'abolit.

Mais que faudrait-il décider, si un Italien, appelé à une succession ouverte en France, voulait écarter du partage le cessionnaire d'un héritier français? Dans le système de réalité qui domine en France, en matière de succession, je pense bien que les tribunaux admettraient le retrait, en invoquant, comme ils le font à toute occasion, l'article 3 du code Napoléon. Toutefois pour que l'article 3 fût applicable, il faudrait que la succession fût immobilière, et que les immeubles fussent situés en France, ce qui conduirait à une conséquence étrange : l'héritier italien pourrait exercer le retrait pour les immeubles, il ne le pourrait pas pour les meubles; le cessionnaire serait écarté du partage des immeubles, il serait admis au partage des meubles. Pascal trouvait étrange que le droit variât d'une rive à l'autre d'un fleuve; qu'aurait-il dit d'un droit qui varie selon que la chose est mobilière ou immobilière? Dans un cas on respecterait la convention comme morale, dans l'autre on l'écarterait comme immorale. Autre singularité! le droit au retrait que l'Italien ne peut exercer dans les meubles, il serait admis à l'exercer dans les immeubles. Pourquoi? A raison de leur situation en France! C'est une des absurdités qui abondent dans le système de la réalité des statuts.

N° 3. EFFET DU PARTAGE.

27. Le partage dépend de l'autonomie des héritiers, en tant qu'il est établi par une convention; en ce sens, le statut est personnel. Il y a cependant un effet du partage qu'il est impossible de rapporter à la volonté des parties contractantes, puisque c'est une fiction, et toute fiction est l'œuvre du législateur; l'autonomie des parties ne va pas jusqu'au droit de changer la nature des choses. D'après le droit romain le partage est un acte translatif de propriété, et telle est bien la réalité des choses. Jusqu'au partage, chacun des héritiers a un droit indivis qui porte sur toute l'hérédité, et il peut disposer de sa part divisée. Par le partage, cette part indivise devient une part divisée, et chacun des copartageants ne peut plus disposer que des

biens compris dans son lot. Quel est le fait juridique qui transforme un droit indivis, portant sur toute l'hérédité, en un droit divisé sur certains biens? C'est un échange, donc un acte translatif de propriété. Voilà la théorie romaine. Le code Napoléon, au contraire, décide que le partage est déclaratif de propriété (art. 883). C'est la loi qui, lors de l'ouverture de la succession, investit chacun des héritiers de sa part dans la succession; cette part est indivise, la loi ne pouvant pas faire de partage matériel entre les successibles; il faut pour cela une opération matérielle, mais cette opération ne fait que déclarer quel est et quel a toujours été le droit des copartageants dans l'hérédité, elle ne leur attribue rien, car ils sont propriétaires en vertu de la loi. Le raisonnement n'est pas tout à fait exact. Sans doute, l'héritier est propriétaire en vertu de la loi; mais il ne l'est que d'une part indivise, pour que cette part indivise devienne une part divisée, il faut plus qu'une opération matérielle, il faut un fait juridique, et ce fait n'est autre qu'un échange; donc le partage est translatif de propriété; et si le code civil dit qu'il est déclaratif, c'est par une fiction; le texte même de l'article 883 le prouve : « Chaque cohéritier est *censé* avoir succédé seul et immédiatement à tout les effets compris dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. » Or, en fait et en droit, chaque héritier a eu la copropriété indivise de tous les biens de l'hérédité; en effaçant ce fait, la loi crée une fiction; en effet, les parties font un échange, et la loi nie qu'il y ait échange.

Quel est le fondement de cette fiction? La réponse est très singulière : les raisons que l'on donne aujourd'hui pour justifier la fiction n'ont rien de commun avec les motifs qui l'ont fait établir. L'origine de la fiction remonte jusqu'au régime féodal. Les légistes, ennemis-nés de la féodalité, imaginèrent la théorie du partage déclaratif de propriété, afin de le soustraire à la redevance que le vassal devait payer à son suzerain, en cas d'aliénation du fief.

Le principe du droit français n'a plus rien de commun avec le système du vasselage; il se justifie par son utilité

pratique. Il résultait de la théorie romaine de très graves inconvénients. Chacun des héritiers étant propriétaire par indivis avait le droit d'hypothéquer les immeubles héréditaires pour sa part; ces hypothèques subsistaient après le partage, puisque l'aliénation du fonds hypothéqué ne fait pas tomber l'hypothèque; par suite le créancier hypothécaire pouvait exercer son droit contre celui des héritiers qui était détenteur du fonds hypothéqué. Celui-ci, évincé par suite de l'expropriation, avait un recours en garantie ; ces actions récursoires troublaient les relations des copartageants et rendaient la propriété incertaine. Dans la théorie du partage déclaratif, ces inconvénients disparaissent. La propriété indivise est effacée, comme si elle n'avait jamais existé; si l'un des cohéritiers a consenti une hypothèque pendant l'indivision, cette hypothèque tombe quand l'immeuble est mis au lot d'un autre héritier, parce que celui qui a concédé l'hypothèque est considéré comme n'ayant jamais eu de droit sur l'immeuble hypothéqué; donc plus d'action récursoire, plus d'incertitude de la propriété.

Toujours est-il qu'il est difficile de caractériser le principe de l'article 883; si l'on remonte à la tradition, il n'a plus de raison d'être, et l'on ne peut guère demander quelle est la nature d'un principe qui n'a plus de raison d'être, et qui, même dans l'ancien droit, a été vivement combattu. Dumoulin ne voulait pas en entendre parler; encore au dix-huitième siècle, il rencontra des adversaires. Et si on laisse là la tradition, on se heurte à de nouvelles difficultés. On parle toujours du principe de l'article 883 est-il vrai que ce soit un principe? C'est une fiction, et une fiction n'a de valeur que dans les limites pour lesquelles le législateur l'a établie. Ici s'ouvre une mer de doutes et de controverses. Sans entrer dans ce dédale, je me borne à constater que l'article 883 établit une vraie fiction. En faut-il conclure que le statut est réel, quoi qu'il s'agisse d'une convention? Ce serait pousser trop loin, me semble-t-il, la distinction proposée par Masuer. Il ne dit pas que tout ce qui se fait en vertu de la loi seule est une dépendance du statut réel; il traite une question

spéciale, en matière de succession. Quand la loi seule agit, le statut est réel, cela est d'évidence dans le système traditionnel des statuts : telle est la distribution des biens qui se fait entre les héritiers, en vertu de l'ordre de successions déterminé par la loi. Quand les héritiers appelés à la succession en font le partage, cet acte procède uniquement de leur volonté, donc il n'a rien de commun avec les statuts : c'est une question d'autonomie. L'autonomie changera-t-elle de caractère, parce que la loi détermine l'effet du partage, et qu'au lieu de dire qu'il est translatif, elle dit qu'il est déclaratif de propriété? A mon avis, non. La vente dépend entièrement de l'autonomie des parties; cependant le code civil a introduit un changement radical dans l'effet de la vente; dans l'ancien droit, elle ne donnait à l'acheteur qu'une action personnelle contre le vendeur, la propriété ne se transférait que par la tradition; d'après le code civil, au contraire, la vente est translative de propriété : est-ce à dire que la vente cesse d'être un contrat, et qu'elle ne dépende plus de l'autonomie des parties contractantes? Je reviendrai sur la question en traitant des obligations conventionnelles. Dans mon opinion, la vente reste toujours ce qu'elle est de son essence, un contrat, et dans tout contrat les parties intéressées sont libres de faire telles stipulations qu'elles jugent convenables; elles peuvent même convenir que la propriété ne se transférera pas par l'effet du contrat, que la transmission ne se fera que lors de la tradition et par la tradition. Donc on reste sous l'empire de la règle établie par l'article 1134 : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » C'est dire que la volonté des parties y domine, et non la loi.

28. Quelle est la nature du statut qui considère le partage comme déclaratif de propriété? D'après ce que je viens de dire, la solution n'est pas douteuse. S'il est vrai que la volonté de l'homme domine dans le partage, la théorie des statuts est hors de cause. La loi que les parties se sont faite s'étend sur tous les biens compris dans le partage, quelle que soit leur situation et sans distin-

guer si les biens sont meubles ou immeubles. Je prends comme exemple la communauté et la société. L'article 1476 dit en termes formels que le partage de la communauté, en ce qui concerne les *effets* du partage, est soumis aux règles établies au titre des *Successions;* et l'article 1872 contient une disposition analogue pour le partage des sociétés. La communauté et la société sont des contrats. Il n'a jamais été contesté que les clauses d'un contrat de société ont leur effet partout, c'est-à-dire sur tous les biens que les associés y veulent comprendre, sans que la volonté soit limitée à cet égard par les lois qui régissent les lieux où les biens sont situés. Cela était admis pour la communauté par les réalistes, et avant tout par le chef de l'école, d'Argentré; l'objet du célèbre débat qui s'éleva entre lui et Dumoulin portait sur la communauté coutumière ou légale, c'est-à-dire celle qui se forme entre époux, sans convention expresse; comme, en apparence, c'est la loi qui la crée, d'Argentré soutenait qu'il fallait appliquer le statut réel et que, par conséquent, la composition active de la communauté dépendait de la coutume où les biens étaient situés; dans cette opinion, il fallait décider aussi que le partage de la communauté était régi par le statut réel, puisqu'il se faisait par la loi. Dumoulin répondit que s'il n'y avait pas de convention expresse, il y avait une convention tacite, ayant la même force, que, par suite, la communauté coutumière, aussi bien que la communauté stipulée par les époux, était conventionnelle, ce qui était décisif pour la nature du statut. La jurisprudence se prononça pour l'opinion de Dumoulin, et dans le droit moderne toute controverse a cessé. Il est donc certain que la volonté des époux, expresse ou tacite, transporte à la communauté la propriété des biens que les futurs époux y veulent faire entrer, sans distinguer dans quels lieux les biens sont situés. Ne faut-il pas appliquer le même principe au partage de la communauté? Le partage est une convention, aussi bien que la formation de la communauté : et pourquoi l'une de ces conventions dépendrait-elle de la volonté des parties, tandis que l'autre serait régie par la loi qui s'imposerait aux parties

contractantes? Cela serait contradictoire, sans que l'on pût donner une raison de cette contradiction. Eh bien, si le partage de la communauté dépend de la volonté des communistes, pourquoi en serait-il autrement du partage de la succession? Dira-t-on que si les héritiers sont en communauté, c'est par le fait de la loi, tandis que si les époux sont communs en biens, c'est uniquement par leur volonté? La comparaison cloche. Il n'est pas exact de dire que les héritiers soient en communauté sans qu'ils le veuillent; en effet, pour qu'ils soient héritiers, il faut un acte de volonté de leur part, l'acceptation: nul n'est héritier qui ne veut, donc on est héritier parce qu'on le veut. Ainsi la communauté entre cohéritiers se forme par leur volonté, expresse ou tacite, peu importe; partant le principe de Dumoulin, ou, si l'on veut, la doctrine de notre docte praticien Masuer doit recevoir son application.

Dans la théorie romaine du partage, cela ne me paraît pas douteux. Les copartageants conviennent de changer leur part indivise contre une part divisée; il s'opère donc une mutation de propriété, comme dans le cas d'une vente. Cette transmission et cette acquisition de propriété se font exclusivement par la volonté des contractants, et la volonté a effet partout. On peut objecter qu'il n'en est pas de même du partage français; il est déclaratif de propriété, non parce que les copartageants le veulent ainsi, mais parce qu'ils sont *censés* le vouloir; la loi leur impose la fiction qu'elle établit, et c'est par le fait de la loi que la fiction prend la place de la réalité. Donc, dira-t-on, la volonté des parties est hors de cause, c'est la loi seule qui agit dans l'effet que produit le partage, comme c'est elle seule qui agit dans la distribution des biens qui se fait entre héritiers. Si l'on admet le principe de la cour de cassation que tout en matière de succession est réel, l'objection est décisive; mais elle ne l'est que pour les immeubles, puisque ce principe est fondé sur l'article 3 du code Napoléon, qui assujettit les immeubles à la loi du lieu où ils sont situés. J'ai déjà dit combien une pareille doctrine serait absurde (n° 27). J'ajoute qu'elle est aussi

contraire aux principes, et même à la tradition française.

Est-il vrai que le partage déclaratif est une fiction que le législateur impose aux héritiers? Si l'on remonte à l'origine de la fiction, on voit que les vieux légistes l'imaginèrent pour défendre les héritiers contre la fiscalité féodale; ce n'est pas la loi qui introduisit la fiction, il n'y avait pas de lois générales au moyen âge, chaque baron était roi, partant législateur, dans sa baronnie; et certes les barons ne songeaient pas à créer une fiction qui s'attaquait à leurs droits et à leur autorité. Les légistes supposaient que le principe du partage déclaratif résultait de la volonté des copartageants, pour mieux dire de l'essence du partage. Les héritiers ne tenaient-ils pas leur droit de Dieu, qui l'avait écrit dans leur sang? Ce n'est pas par le fait matériel du partage que les héritiers devenaient propriétaires, ils l'étaient dès l'instant de la mort du défunt; que dis-je? leur droit remontait au delà du décès, ils étaient copropriétaires avant de devenir propriétaires exclusifs; le partage ne faisait que déclarer quel avait toujours été leur droit sur les biens mis dans leur lot. Ainsi la fiction n'était pas légale, elle était conventionnelle; pour mieux dire, il n'y avait pas de fiction, car les héritiers voulaient ce qu'ils avaient le droit de vouloir pour se défendre contre la fiscalité des seigneurs. Telle était la fiction dans son origine, et elle a conservé son caractère conventionnel dans le droit moderne, quoiqu'il n'y ait plus ni suzerains ni vassaux. Que disent les interprètes du code civil pour justifier la fiction de l'article 883? Ils invoquent l'intérêt qu'ont les copartageants à ce que le partage soit déclaratif; par là on prévient les actions hypothécaires et les recours en garantie, et par suite la propriété devient certaine. Ne doit-on pas dire que les héritiers veulent ce qu'ils ont intérêt à vouloir? Si la loi intervient, ce n'est pas pour leur imposer une fiction, c'est pour donner sa sanction à la volonté des copartageants. La volonté reparaît donc, et joue le grand rôle dans le partage déclaratif comme dans le partage translatif; seulement les héritiers romains, nés juristes, voulaient ce que veut la rigueur du droit;

les héritiers français, qui ignorent le droit strict, veulent ce qui leur est utile. Au point de vue de la nature du statut, cela me paraît décisif.

29. Toutefois l'application du principe soulève de nouvelles difficultés. Un partage se fait en France, il comprend des biens situés sur le territoire français, et d'autres situés dans un pays de droit écrit. Si l'on admet le principe de l'autonomie que je viens de soutenir, il faudra dire que le partage sera déclaratif, même dans les pays où le partage est translatif de propriété. Cela serait aussi fondé en raison. Il n'y a qu'un partage, donc l'effet doit être le même partout : conçoit-on qu'un partage fait entre les mêmes héritiers et par leur volonté soit tout ensemble déclaratif et translatif? Ce serait scinder la volonté, et dire qu'ils veulent des choses contradictoires, le pour et le contre, la fiction et la réalité ; s'il y a une chose absurde, c'est une volonté divisée en elle-même, voulant ici ce qu'il est de l'intérêt des héritiers de vouloir, et voulant ailleurs ce qu'il est de leur intérêt de ne pas vouloir. Voilà cependant les absurdités auxquelles conduit la réalité du statut concernant l'effet du partage. Ajoutez-y que le partage ne serait déclaratif que pour les immeubles français, c'est tout ce que l'on peut induire de l'article 3 du code civil, qui est l'unique fondement de la réalité en matière de succession; le partage serait translatif quant aux meubles, si un copartageant était domicilié dans un pays de droit écrit; et puisque tout est l'œuvre de la volonté, on aboutit de nouveau à faire vouloir aux héritiers une chose absurde : ils auront une volonté pour les meubles, et une volonté contraire pour les immeubles.

Supposons maintenant l'hypothèse inverse. Le partage se fait dans un pays de droit écrit. Il sera translatif de propriété pour tous les biens de l'hérédité, même pour ceux qui sont situés en France. Il n'y a plus une ombre de fiction dans ce cas, tout dépend de la volonté des copartageants, et ils veulent faire un partage translatif de propriété; ils ne pourraient pas, quand même ils le voudraient, faire un partage déclaratif, puisque, dans le système romain, ce serait une fiction, et il ne leur appartient

pas de créer des fictions. Telle est l'application du principe de l'autonomie. Il y a une objection pour les biens situés en France. Le code civil dit que le partage est déclaratif; dans la théorie du statut réel, telle que la cour de cassation l'interprète, le statut du partage est réel, donc le partage pour les biens situés en France sera déclaratif. Sur ce point, il n'y a aucun doute, une fois que l'on admet la réalité du statut. Mais, même dans la théorie de la personnalité du statut, il y a un motif de douter. Le statut territorial domine le statut personnel de l'étranger quand la loi du territoire est d'intérêt général, c'est-à-dire quand les droits de la société sont en cause. A plus forte raison le statut du territoire doit-il l'emporter quand il se trouve en conflit avec la volonté des parties contractantes; l'autonomie des individus ne saurait avoir plus de force que leur loi personnelle. Or le statut du partage déclaratif n'est-il pas d'intérêt général? Il consolide la propriété dans la main des héritiers, il prévient les actions récursoires, il empêche les procès; tous ces effets du principe sont certainement d'intérêt public, donc les droits de la société sont en cause. Nous aboutissons à une conséquence qui n'est guère d'accord avec la raison, c'est qu'un partage translatif fait dans un pays de droit écrit sera déclaratif pour les biens situés en France. C'est une de ces anomalies qui résultent de la contrariété des lois, et que les traités seuls peuvent prévenir, en attendant que les lois des divers peuples admettent des principes uniformes, au moins dans les matières qui intéressent à un si haut degré les relations civiles internationales.

Il y a une dernière difficulté dans cette difficile matière. Si le partage translatif est considéré en France comme déclaratif parce que le statut territorial est d'intérêt public, ne faut-il pas dire, par identité de raison, que le partage déclaratif fait en France sera translatif dans les pays de droit écrit? Je ne le crois pas; car le partage translatif, quoiqu'il soit fondé sur les vrais principes de droit, n'est pas d'intérêt général; il rend la propriété incertaine, et donne lieu à des actions récursoires, et certes la société n'est pas intéressée à ce que l'incertitude règne

sur la propriété, et à ce que les relations civiles soient troublées par des procès. La situation est donc toute différente, et l'analogie que l'on invoque fait entièrement défaut.

§ II. — *Du rapport.*

N° 1. LE PRINCIPE.

30. Le code civil (art. 843) établit l'obligation du rapport en ces termes : « *Tout héritier* venant à une succession doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt par donation entre-vifs. » Quel est le motif de cette obligation imposée à tout héritier *ab intestat?* Il est très difficile de le préciser ; on donne des raisons qui se contredisent. D'ordinaire on dit que la volonté de la loi est que l'égalité règne entre les héritiers ; or, l'égalité serait rompue si l'héritier qui a reçu une libéralité du défunt pouvait la garder, tout en partageant l'hérédité avec ses autres héritiers. D'après cela, le rapport serait fondé sur la *loi*. Mais qu'est-ce que la succession *ab intestat?* C'est le testament présumé du défunt; si le législateur veut l'égalité entre les héritiers, il doit supposer que le défunt la veut; il faut donc consulter l'intention du défunt plutôt que la loi. Cela nous ramène à l'autonomie.

On dit qu'en donnant à l'un de ses héritiers, le défunt n'a entendu lui faire qu'un avancement d'hoirie, c'est-à-dire lui donner de son vivant ce que le successible aurait obtenu en vertu de la *loi* lors de son décès. N'est-ce pas résoudre la question par la question ? Nous demandons quelle est la volonté du défunt? veut-il avantager son héritier de la propriété des biens, ou seulement de la jouissance? Si l'héritier doit le rapport, il n'a en réalité que la jouissance des biens que son auteur lui a cependant donnés en toute propriété. Est-ce là l'intention du donateur? On doit présumer, dit-on, qu'il veut l'égalité entre ses héritiers. Ne peut-on pas répondre que, si telle est son intention, il n'a qu'à ne pas faire de libéralité, sauf à remettre à son héritier les fruits ou les revenus dont il veut le gratifier? Quand, au lieu d'une donation de

jouissance, il fait une donation de la toute propriété, on ne peut plus lui supposer l'intention de ne donner que la jouissance, puisqu'il donne plus. Donc, il ne veut pas l'égalité, c'est la loi qui la lui impose, en présumant que telle est sa volonté, alors qu'il a manifesté une volonté contraire. En définitive, la loi se fonde sur une simple présomption, et on ne peut pas dire que cette présomption ait pour elle une grande probabilité. La loi présume que le défunt veut l'égalité et, par suite, le rapport ; il faut une manifestation de volonté expresse pour qu'il n'y ait pas lieu au rapport. Le donateur a le droit de dispenser l'héritier du rapport; s'il n'use pas de ce droit, le rapport est dû parce qu'en ne dispensant pas le donataire du rapport, il est censé avoir voulu l'y soumettre, pour maintenir l'égalité entre ses héritiers.

31. Il faut ajouter que le rapport n'est pas d'ordre public; la faculté d'en dispenser le prouve. L'égalité absolue des héritiers n'est pas une loi, c'est seulement une intention présumée, et la loi permet au donateur de manifester une intention contraire. Il y avait dans l'ancien droit des coutumes d'*égalité parfaite* qui ne permettaient jamais la dispense du rapport. Pothier dit que ces coutumes avaient le mieux conservé l'esprit de l'ancien droit français (1). En effet, c'est Dieu qui fait les héritiers, l'homme ne le peut; or, y a-t-il en Dieu une prédilection quelconque ou une défaveur? Il donne la vie à titre égal à tous ceux qu'il fait naître dans une famille, donc leurs droits devraient être égaux. Mais quand Pothier rappelait l'esprit du vieux droit, il n'y avait plus que cinq coutumes d'égalité. Preuve que l'esprit avait bien changé; et les auteurs du code civil se sont prononcés pour l'esprit nouveau. Le droit du père de famille et du propriétaire l'emporte; le code donne la préférence aux coutumes de *préciput*, parce qu'elles sont plus en harmonie avec le génie des peuples modernes. C'est la liberté qui est l'âme de nos sociétés, mais il ne suffit pas de la liberté politique, il faut aussi que la liberté pénètre dans les mœurs par les lois

(1) Pothier, *Des Successions*, chap. IV, art. III, § 2.

civiles. La loi ne fait d'exception que lorsqu'il existe des réservataires, descendants ou ascendants : ici le devoir l'emporte sur le droit. Hors de là, le droit reprend son empire et avec lui la liberté ; celui qui n'a pas d'héritiers réservataires peut donner tout à l'un de ses héritiers, et exclure les autres ; à plus forte raison peut-il avantager l'un d'eux. Cette liberté illimitée prouve qu'il n'est pas exact de dire que la loi veut l'égalité et qu'elle l'impose ; elle la désire, parce que tel est le vœu de la nature, les coutumes d'égalité disaient la volonté de Dieu ; mais elle permet à l'homme de vouloir le contraire. En définitive, tout dépend du défunt ; si l'héritier donataire doit le rapport, c'est parce que le défunt l'a voulu ainsi.

32. Il résulte de là une conséquence très importante en ce qui concerne la nature du statut en vertu duquel le rapport est dû (1). Tout ce qui dépend de la volonté de l'homme est par cela même étranger à la doctrine des statuts. Le statut est une loi qui ordonne ou qui défend ; dans la théorie traditionnelle, le statut est réel quand il a pour objet des immeubles, et il est personnel quand il règle l'état et la capacité des personnes. Or, on ne peut pas dire que le rapport concerne l'état des personnes, et il n'a pas pour objet direct la transmission des biens : c'est la volonté de l'homme qui gouverne cette matière, question d'affection ou de désaffection. La volonté de l'homme n'est pas subordonnée à la situation des biens ; c'est, au contraire, lui qui impose sa volonté aux choses. Il serait donc absurde de dire que l'héritier doit ou ne doit pas le rapport, suivant que les biens donnés se trouvent dans une coutume de préciput, ou dans une coutume d'égalité. S'il est étrange que les lois varient d'une rive à l'autre d'un fleuve, et que, par suite, la justice se change en injustice, il serait plus étrange encore que l'affection du défunt pour ses héritiers dépendît des lieux où ses biens sont situés, ce qui reviendrait à dire qu'il les aime de préférence ou qu'il les aime d'une affection égale, suivant les accidents de la situation des biens, soumettant

(1) Comparez Schäffner, *Die historische Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 179 et 180.

le même héritier ici au rapport, et l'en dispensant à quelques pas plus loin. La volonté de l'homme domine ces accidents de souverainetés et de lois : il dispose de ses biens comme il l'entend, et en faveur de qui il veut.

33. Le principe du rapport ne saurait donc être une dépendance du statut réel. On peut le qualifier de statut personnel, en ce sens que l'autonomie a le même effet que les lois personnelles, puisqu'elle étend son empire sur tous les biens, quelle que soit leur situation. Cependant si l'on admet le système traditionnel, d'après lequel il y a autant de successions que de biens situés sous des coutumes diverses, on aboutit à réaliser la loi du rapport. Dans cet ordre d'idées, il faut laisser de côté toute considération de volonté et de raison, le droit se matérialise; de même que sous le régime féodal, d'où dérive le système de réalité des lois, la terre était souveraine, de même là où toute coutume est réelle, c'est la situation des immeubles sous telle coutume ou sous telle autre qui détermine l'ordre de succession, et qui aura aussi pour effet de soumettre la chose donnée au rapport ou de l'en dispenser. Il est certes absurde que la situation de l'immeuble impose l'égalité au donateur, ou qu'elle lui donne le droit d'avantager l'un de ses héritiers ; mais il est tout aussi absurde qu'il y ait autant d'hérédités que de biens; car la succession *ab intestat* est le testament présumé du défunt; et peut-on raisonnablement admettre qu'il dispose de ses biens d'une manière différente, selon qu'ils sont situés dans des coutumes diverses, que le plus souvent il ignore? Cela est tout aussi absurde que l'obligation ou la dispense du rapport, l'égalité ou l'inégalité dépendant non de la volonté du donateur, mais de la situation des biens, et de la diversité fortuite des lois. Le système de réalité ne tient aucun compte de la volonté de l'homme, ni de la raison des choses : voilà pourquoi les absurdités y abondent.

Dans l'espèce, l'absurdité est plus choquante, parce que la liberté de l'homme est en cause. Il est censé vouloir l'égalité, mais il est libre de vouloir l'inégalité. Tel est le principe du rapport. La réalité du rapport est en opposition complète avec ce principe. Si le défunt donne au même

héritier deux immeubles dont l'un est situé dans une coutume d'égalité et l'autre dans une coutume de préciput, le donataire devra rapporter l'un, malgré le donateur, tandis que le rapport de l'autre dépendra de sa volonté, il peut en dispenser le donataire : il veut donc tout ensemble l'égalité et l'inégalité, il veut et il ne veut pas avantager le même héritier, il a pour lui une préférence d'affection et il n'en a point (1). Ajoutez-y la distinction des meubles et des immeubles. Dans le droit français, la réalité du statut des successions n'a d'autre fondement que l'article 3 du code civil; donc elle ne s'applique qu'aux successions immobilières, et, partant, au rapport des immeubles. Par quelle loi seront régies les donations mobilières, et elles le sont presque toujours? Il faudra appliquer le principe que les meubles suivent la personne : le donataire sera donc soumis ou non au rapport, suivant l'accident du domicile : faut-il demander si la volonté de l'homme et son affection changent avec son domicile?

N° 2. LE CODE ITALIEN ET LE CODE FRANÇAIS.

34. Le code italien a modifié le système du rapport, tel que le législateur français l'a consacré. Aux termes de l'article 843 du code Napoléon, les legs sont soumis au rapport, de même que les donations. Cette disposition est absolument contraire à la volonté présumée du testateur. Il veut gratifier le légataire, et que devient la libéralité qu'il a entendu lui faire? L'article 843 répond que le légataire ne peut la réclamer; le legs tombe au moment même où il s'ouvre, la loi l'anéantit, à moins que le testateur n'ait déclaré qu'il le fait par préciput. Mais est-il nécessaire de déclarer expressément la volonté de dispenser le légataire du rapport, alors que cette intention résulte du fait même du legs? Fait-on des legs pour qu'ils n'aient aucun effet? Or, pour que le legs ait un effet, il faut qu'il soit dispensé du rapport; donc la dispense est virtuelle. C'est ce que dit le code italien (art. 1008) : « Tout ce qui

(1) Comparez Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 67, n° 95 *bis*.

est laissé par testament n'est pas sujet à rapport, sauf le cas de disposition contraire. » Ces derniers mots auraient pu être retranchés; on ne fait pas de legs pour ne rien léguer. Il résulte de cette innovation un conflit entre le droit français et le droit italien. Si une succession s'ouvre en France, le légataire italien devra le rapport, dans le système de la réalité du statut, bien que l'intention du testateur de le dispenser du rapport soit certaine; en effet, il a disposé sous l'empire d'une loi qui décide que les legs ne sont pas rapportables; la dispense est donc virtuelle, certaine; et néanmoins, en vertu de la loi territoriale, le légataire devra le rapport. Le juge français dira que la loi française veut l'égalité entre les héritiers, et que cette loi domine le statut personnel du testateur, celui-ci n'ayant pas le droit de vouloir le contraire de ce que veut la loi française. Cela sera très juridique, mais cela sera aussi très absurde; et le droit ferait bien, me semble-t-il, de se mettre d'accord avec le bon sens et la raison. On ne pourrait pas même objecter que l'égalité des héritiers est un de ces principes essentiels qui dominent le statut de l'étranger, car le rapport dépend de la volonté du disposant; c'est donc uniquement une question d'interprétation de volonté; or l'intention du testateur, dans l'espèce, ne saurait être douteuse. Ainsi le juge français décidera une question de volonté contre la volonté du testateur. C'est une nouvelle absurdité, à ajouter à tant d'autres.

Le légataire français devra-t-il rapporter la chose léguée à la succession ouverte en Italie? D'après le code civil, il devrait le rapport, puisque telle est la volonté présumée du testateur; mais est-ce là un statut personnel qui suit la personne à l'étranger? Dans le système traditionnel consacré par le code Napoléon, le statut est réel, comme tout ce qui concerne les successions : c'est le principe formulé par la cour de cassation. Or les statuts réels ne sortent pas de leur territoire; donc la question devra être décidée par le code italien. Dans l'opinion que je viens d'émettre sur la nature du statut, on aboutit à la même conséquence. Le rapport n'est pas une question de

statut, il dépend de la volonté du donateur ou du testateur. Dans l'espèce, ce que veut le défunt n'est pas douteux, il entend gratifier le légataire.

35. D'après le code Napoléon, *tout héritier* doit le rapport. Le code italien limite le rapport à la ligne directe descendante : « *L'enfant* ou *descendant* qui vient à la succession avec ses frères ou sœurs ou leurs descendants, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt par donation entre-vifs, soit directement, soit indirectement. » (Art. 1001.) C'était le principe romain, et la plupart de nos anciennes coutumes y étaient restées fidèles, en dispensant les ascendants et les collatéraux du rapport des donations entre-vifs. Il est difficile de justifier l'innovation du code civil. Le rapport est fondé sur l'intention présumée du défunt. Cette présomption est très probable, quand c'est le père qui fait une libéralité à son enfant : il est censé vouloir l'égalité entre ses enfants, puisqu'il doit à tous une affection égale. D'un autre côté, il est d'usage que les parents fassent des donations à leurs enfants lors de leur mariage, en avance sur la succession future ; elles sont donc rapportables de leur nature. Mais peut-on dire que le défunt a une affection égale pour ses ascendants ou pour ses collatéraux? Non certes; quand donc il fait une libéralité à l'un d'eux, il témoigne par là une prédilection pour le donataire, ce qui implique une dispense virtuelle du rapport. La disposition du code italien est un retour aux vrais principes. Comment se videra le conflit entre les deux législations d'Italie et de France?

Un frère du défunt, donataire et Italien, se présente à une succession ouverte en France : devra-t-il le rapport? Dans le système de la tradition réelle, il faut répondre affirmativement. La succession est dévolue d'après la loi territoriale, et c'est aussi d'après cette loi qu'elle se partage ; donc l'égalité préside aux relations des héritiers, et dans le système français, elle serait rompue si le frère italien ne rapportait pas la libéralité qui lui a été faite. Mais le système territorial est presque toujours en opposition avec la volonté du défunt; dans l'espèce, la contra-

diction est patente. Le rapport n'a d'autre fondement que l'intention du donateur; or le donateur italien a voulu gratifier un frère de prédilection, sa loi nationale le présume ainsi ; malgré cette double présomption, il devra le rapport des biens situés en France, tandis qu'un de ses cohéritiers, donataire d'objets mobiliers, sera dispensé du rapport en vertu de la loi du domicile du défunt. Quel chaos de contradictions!

Est-ce le frère français qui se présente à une succession ouverte en Italie, on applique ce que je viens de dire (n° 34) : le statut territorial français ne dépasse pas les limites de la France, donc le donataire peut invoquer le statut italien. Il le pourrait encore, dans mon opinion, en ce sens qu'il s'agit d'interpréter la volonté du donateur; question de fait qui, dans l'espèce, serait décidée en faveur du frère. L'intention du donateur de dispenser le donataire du rapport est d'ordinaire si certaine, que les tribunaux français admettent le plus souvent une dispense virtuelle, quoique l'article 843 exige une dispense expresse. Quand le juge se met au-dessus de la loi, c'est une preuve que la loi n'est pas en harmonie avec la volonté du disposant.

36. Il y a encore des différences de détail entre le code d'Italie et le code Napoléon; je n'en citerai qu'une parce qu'elle touche à l'intérêt général. Quand le donataire d'un immeuble, l'aliène, le rapport se fait en moins prenant; il se fait en nature, si le donataire le possède encore, et, dans ce cas, les hypothèques consenties par le donataire viennent à tomber (art. 865). Le rapport résout la donation, et partant tous les droits réels établis par le donataire sur la chose donnée sont également résolus. D'après le code italien, le rapport se fait en moins prenant, quand le donateur a hypothéqué l'immeuble, ce qui maintient le droit du créancier hypothécaire. C'est une innovation heureuse qui favorise tout ensemble le crédit de l'héritier donataire, et les intérêts des tiers. Il en résulte un nouveau conflit entre les deux législations.

Un donataire italien d'un immeuble situé en France

en doit faire le rapport en nature à la succession ouverte en France; ici l'application du statut réel, si on l'admet en matière de rapport, n'est pas douteuse ; il s'agit de composer la masse, et les héritiers ont droit à prendre leur part en nature dans les immeubles. Cela décide la question; on est dans les termes de l'article 3. L'intérêt des tiers créanciers en souffrira, le crédit même de l'héritier donataire en sera diminué; ces inconvénients, dira-t-on, tiennent au système de la loi; s'il donne lieu à des difficultés et à des objections, il faut s'adresser au législateur ; l'interprète n'en peut tenir aucun compte.

Si un donataire français se présente à un partage de biens italiens, il pourra invoquer la disposition du nouveau code que je viens de transcrire. Dans le système de la réalité, cela est certain, puisqu'une loi qui est relative aux immeubles forme un statut réel ; la disposition du code civil ne dépasse donc pas le territoire français, et, en Italie, le donataire peut se prévaloir de la loi italienne. Il y a cependant une objection, et elle est spécieuse. D'après le code d'Italie, le statut de succession est personnel : on pourrait donc dire au donataire français que, d'après sa loi nationale, le rapport est dû en nature, ce qui aurait pour conséquence d'effacer l'hypothèque. C'est précisément cette conséquence qui soulève une autre question : celle de savoir si le statut territorial italien ne domine pas, dans l'espèce, le statut personnel de l'étranger. Il me semble que l'affirmative n'est guère douteuse. Je viens de dire que la loi italienne, en disposant que le rapport d'un immeuble hypothéqué se fera en moins prenant, a eu pour objet d'assurer le crédit de l'héritier donataire, et de garantir les intérêts des tiers créanciers. La loi est donc d'intérêt général; c'est le cas d'appliquer le principe que la loi territoriale domine le statut personnel, parce que le droit de la société l'emporte sur le droit des individus (1).

(1) Comparez Antoine, *De la Succession légitime et testamentaire en droit international privé*, p. 90, n° 80.

§ III. — *Le payement des dettes.*

N° 1. LA TRADITION.

37. La jurisprudence française suit comme une espèce d'axiome que le statut, en matière de succession, est réel, au moins quand la succession est immobilière; elle se fonde sur l'article 3 du code civil, d'après lequel les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Pour donner ce sens à l'article 3, on invoque la tradition. J'ai dit plus d'une fois que je m'incline devant la tradition, quand le code la consacre, et dans l'espèce, cela est certain. Mais j'ai dit aussi que rien n'est plus difficile à constater que la tradition, et j'ai ajouté que la tradition du droit international est le plus souvent une fiction. On conçoit que le droit positif ait une tradition, quoiqu'elle soit mêlée d'incertitudes; ainsi, pour le droit civil, Pothier, Domat, Dumoulin nous font connaître, non pas tout l'ancien droit, mais du moins celui que les auteurs du code civil ont constamment suivi. Mais le droit international n'est pas encore aujourd'hui un droit positif. De quoi se compose-t-il, en s'en tenant au droit français? D'opinions des auteurs et de quelques rares monuments de la jurisprudence. Les auteurs ne sont jamais d'accord, dès que l'on dépasse certaines maximes banales, et que l'on pénètre dans les difficultés de détail. Il en est de même des arrêts : quand le parlement de Paris se prononçait pour Dumoulin, les parlements de Bretagne et de Normandie jugeaient dans le sens de d'Argentré. La difficulté de préciser la tradition augmente et devient insoluble quand les auteurs du code civil s'écartent de l'ancien droit. Il en est ainsi dans la matière des successions. Le système du code civil est une transaction entre le droit coutumier et le droit écrit; or, là où l'on transige, il n'y a plus de principe certain. Que devient la tradition du droit international privé, dans cette mer de doutes? Les anciens statutaires appartiennent presque tous aux pays de coutumes, sauf Bouhier qui vivait dans une province où le droit écrit jouissait d'une

grande autorité. Tous sont imbus des idées qui régnaient dans la pratique. Ces idées ont été modifiées par le code civil : quelle sera, dans cet état de choses, la tradition du code? est-ce le droit coutumier? est-ce le droit romain? faut-il la chercher dans Froland et Boullenois, ou dans Bouhier, et où la trouver quand les anciens principes ont été remplacés par des principes nouveaux?

Il en est ainsi des principes qui régissent le payement des dettes. Dira-t-on, avec la cour de cassation, que tout étant réel en matière de succession, le statut du payement des dettes doit dépendre de la loi du lieu où les biens sont situés? Si telle était la tradition, il faudrait l'accepter. Mais on va voir ce qu'était, en réalité, le droit traditionnel en ce qui concerne l'obligation qui incombe aux héritiers de payer les dettes du défunt. Les incertitudes étaient telles que les statutaires ne savaient pas eux-mêmes à quoi s'en tenir, ni quoi décider ; de sorte que si l'on interprétait le code civil par la tradition, on aboutirait au doute absolu. Je constate ce fait, non pour diminuer l'importance de la tradition, elle est incontestable. Mais on se trompe quand on dit, avec la cour de cassation, que tout est réel en matière de succession. Il n'y a pas de principe d'une vérité absolue dans notre science ; les faits juridiques sont d'une variété infinie ; il faut donc considérer chaque fait en lui-même, et en étudier le caractère avant de décider quelle est sa nature. C'est en faisant cet examen que je suis arrivé à des conclusions qui, au point de vue d'un principe absolu, paraîtront erronées : tantôt déclarant personnel un statut qui, dans la doctrine de la cour de cassation, devrait être réputé réel : tantôt rapportant à l'autonomie des parties intéressées des règles qui n'appartiennent à aucun statut, ni personnel ni réel. Ce que je vais dire du payement des dettes me servira d'excuse ; on verra s'il est vrai, comme on le dit, que tout soit réel dans la matière des successions.

38. Froland a un chapitre intitulé : « Quelle coutume faut-il suivre pour le payement des dettes du défunt, quand il a laissé divers héritiers, et des biens situés en différentes coutumes. » Il commence par dire qu'il y a

une grande différence, sous ce rapport, entre le droit romain que l'on suivait dans les pays de droit écrit et le droit des pays coutumiers. En droit romain, tous les biens du défunt ne forment qu'un seul patrimoine; la loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession. Il en est de même du payement des dettes; tous les héritiers ensemble représentent la personne du défunt, et chacun d'eux pour telle part et portion dont il est héritier; en conséquence chaque héritier est tenu au payement des dettes pour sa part héréditaire. Telle était la jurisprudence que l'on observait dans les pays de droit écrit, et tel est aussi le droit consacré par le code civil (art. 732, 1221). Dans les pays coutumiers, au contraire, il y avait divers genres d'héritiers; on tenait compte de la nature et de l'origine des biens; il y avait un héritier des meubles et acquêts, il y avait d'autres héritiers pour les propres paternels et pour les propres maternels. La différence des successions avait pour conséquence une différence dans le payement des dettes; mais il n'y avait pas de principe uniforme; ce qui caractérise précisement le droit coutumier, c'est une variété infinie. D'après la coutume de Paris on distinguait : il y avait des héritiers qui succédaient *également* dans toute espèce de biens, c'étaient les descendants ; ils étaient tenus personnellement des dettes pour leur part et portion héréditaire. Mais quand les héritiers succédaient inégalement, comme en ligne collatérale, les uns aux meubles et acquêts, les autres aux propres d'une ligne, les autres aux propres d'une autre ligne, en ce cas, ils devaient contribuer entre eux aux dettes, chacun à proportion de ce qu'ils prenaient dans l'hérédité. Telle était la disposition de la coutume de Paris, sauf le privilége des aînés, qui n'étaient pas tenus en plus que les autres héritiers, pour regard de leur droit d'aînesse. Les héritiers des propres étaient traités bien plus favorablement par d'autres coutumes, qui chargeaient les héritiers des meubles du payement des dettes mobilières et personnelles; la coutume de Normandie allait jusqu'à obliger les héritiers des meubles d'acquitter toutes les dettes, et d'en décharger les propres.

Ces dispositions différentes, continue Froland, ont donné lieu à une question qui s'est présentée plusieurs fois au parlement de Paris. On a demandé de quelle manière on doit faire la contribution aux dettes d'un bourgeois de Paris qui a laissé des *meubles* et *acquêts* à Paris, et des *propres* situés dans une province où les biens de cette nature ne contribuent pas aux dettes : est-ce la coutume de la situation des biens qu'il faut suivre, ou est-ce celle du domicile du défunt? Les avis étaient partagés. Les réalistes appliquaient leur principe favori, que les coutumes sont réelles et régissent les immeubles situés dans leur ressort, et qu'en matière de succession on suit la coutume de la situation des biens; d'où suit que l'héritier des propres les reçoit avec tous les avantages et tous les priviléges que la coutume y attache. Dire que les coutumes sont réelles, c'est dire qu'elles sont souveraines : de quel droit une coutume étrangère soumettrait-elle au payement des dettes des immeubles que la coutume de la situation en décharge? Ne serait-ce pas porter atteinte à la souveraineté des coutumes? Les réalistes ajoutaient que les propres étaient incomparablement plus favorables que les meubles dont un axiome disait : *Mobilium vilis est et abjecta possessio;* ils en concluaient que s'il se forme un combat entre ceux qui succèdent aux meubles et ceux qui succèdent aux propres, il faut sans difficulté se ranger du côté des héritiers à qui la loi fait passer les propres.

Le parlement de Paris, toujours favorable au statut personnel, se prononça contre la doctrine des réalistes et décida que les propres de Normandie devaient contribuer au payement des dettes, à raison de leur valeur estimée comparativement à celle des meubles et acquêts. Basnage, dit Froland, se récria fort contre cet arrêt; la coutume de Paris, selon lui, ne pouvait avoir empire sur des propres situés en Normandie : c'était une usurpation de pouvoir. Que devenait, dans une pareille jurisprudence, la souveraineté des coutumes (1)?

39. La controverse que je viens d'exposer concerne

(1) Froland, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, t. II, p. 1548-1557.

la *contribution* aux dettes entre les divers héritiers des meubles, des acquêts et des propres. Il y avait une autre différence entre les diverses coutumes, relative à l'*obligation* du payement des dettes, c'est-à-dire sur le point de savoir si les créanciers avaient action contre les héritiers pour leur part contributoire, ou pour leur part virile. La plupart des coutumes se prononçaient pour ce dernier système, afin de faciliter la liquidation du passif et de ne pas embarrasser les créanciers dans les difficultés et les contestations que faisait naître la fixation de la part contributoire à raison de la distinction des meubles, des acquêts et des propres. Quelques coutumes, notamment dans les provinces belgiques, donnaient une action solidaire contre chacun des héritiers, sauf ensuite aux héritiers à régler entre eux leur part contributoire. On essayait de justifier la solidarité par les principes du droit commun. La mort du débiteur, disait-on, ne doit pas changer la condition du créancier. Celui-ci a un droit général sur tous les biens de son débiteur, et sur chacun en particulier, pour être payé de sa créance, et il pouvait la demander en entier. On croyait juste que le créancier conservât son droit contre chacun des héritiers, afin de ne pas diminuer son droit en le réduisant à recevoir son payement par partie. Dumoulin avait raison de dire que c'était très mal raisonner; si les héritiers sont tenus des dettes, c'est comme représentants de la personne du défunt, or chacun d'eux ne le représente que pour sa part héréditaire, donc chacun ne doit être tenu que dans la proportion de ce qu'il prend dans l'hérédité. La critique s'adressait aussi aux coutumes qui permettaient de poursuivre chaque héritier pour sa part virile, mais cette dérogation aux principes avait au moins une utilité pratique. Toujours est-il qu'il résultait de la diversité des coutumes un nouveau conflit : l'héritier tenu, en vertu de la coutume du domicile, pour sa part virile, pouvait-il être poursuivi solidairement sur les biens situés dans une coutume de solidarité? Grand était l'embarras des interprètes. En suivant la coutume du domicile ils heurtaient les coutumes de la situation, et on leur opposait la réalité des coutumes, qui était synonyme

de leur souveraineté. Et s'ils cédaient à la coutume de la situation, ils se mettaient en opposition avec la coutume du domicile et avec les vrais principes. Il faut lire, dans les *Questions mixtes* de Boullenois, les diverses opinions qui s'étaient fait jour, pour concilier des principes inconciliables : c'est un vrai labyrinthe, dit-il, où l'on ne trouve aucune issue (1). Il propose une transaction, sur laquelle je crois inutile de m'arrêter ici ; en transigeant, il sacrifiait nécessairement les principes, et ne satisfaisait personne. Le législateur peut imposer des transactions, l'interprète n'a pas ce pouvoir.

40. Comme le conflit existait surtout en Belgique, où plusieurs coutumes, entre autres celle de Malines (tit. XVI, art. 37), accordaient aux créanciers une action solidaire, il importe de constater quelle était la doctrine de nos anciens légistes et celle de nos cours de justice. Or, chose remarquable, on s'accordait à décider qu'il fallait suivre la coutume de la maison mortuaire ; c'était l'expression usitée pour indiquer le domicile du défunt où la succession s'ouvrait. Christynen et Voet se bornent à invoquer la jurisprudence du grand conseil de Malines, qui n'avait jamais varié sur ce point ; toutefois le grand nombre d'arrêts que l'on cite prouve que les praticiens résistaient : Christynen en cite sept, où l'on voit figurer nos plus illustres familles, les de Lalaing, les de Thiennes, les de Croysilles, à côté d'un nom que l'on est étonné de rencontrer dans nos annales judiciaires, Jules de Médicis plaidant contre un Galeotti. Dans les Flandres, les héritiers n'étaient tenus des dettes que pour leur part héréditaire ; tandis que les coutumes d'Artois et de Malines donnaient aux créanciers une action solidaire. Une succession s'ouvre dans les Flandres, elle comprend des biens situés dans une coutume de solidarité : l'héritier pourra-t-il être poursuivi solidairement sur les biens qu'il recueille dans la coutume de Malines ? Il a été jugé par beaucoup d'arrêts qu'il fallait appliquer la coutume du do-

(1) Boullenois, *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, p. 482 et suiv.

micile (1). Pollet cite un arrêt dans le même sens du parlement de Flandre (Douai) (2). C'était donc une doctrine généralement admise. Cette jurisprudence était d'autant plus remarquable que le réalisme dominait dans nos provinces. Bourgoingne, que l'on peut considérer comme le chef de cette école en Belgique, maintenait le principe qu'il y avait autant d'hérédités que de biens situés dans des coutumes diverses, ce qui aboutissait à la conséquence que les héritiers étaient tenus solidairement, dans les coutumes de solidarité, sur les biens qui y étaient situés, sauf à eux à renoncer à la succession dans ces coutumes, car, chose singulière, mais logique dans cette théorie, l'héritier pouvait renoncer à l'hérédité dans une coutume et l'accepter dans une autre (3).

41. Bouhier nous dira le motif de la jurisprudence belge, à laquelle il se rallie. La réalité avait aussi des partisans en France, et ils invoquaient même en leur faveur un arrêt du parlement de Paris. Bouhier préfère l'opinion consacrée par le parlement de Flandre et par le grand conseil de Malines, à qui il donne aussi le nom de parlement. Il se fonde sur ce principe que l'acceptation de la succession est censée faite au lieu de l'ouverture; or cette acceptation forme une espèce de contrat entre les héritiers et les créanciers héréditaires, donc l'obligation qui en résulte prend la force de la coutume où elle a été contractée. Si cette loi accorde la solidarité, celle-ci s'étend sur tous les biens des obligés, quelque part qu'ils soient situés. Et si, au contraire, cette loi divise les actions entre les cohéritiers, la division doit aussi s'étendre partout. Bouhier dit que cet avis est plus juridique. Il est partisan décidé de la personnalité des lois; mais, dans l'espèce, il s'agit d'un contrat, ou au moins d'un quasi-contrat; pourquoi l'obligation qui en résulte est-elle déterminée par la coutume du lieu où elle se forme? n'est-ce pas faire dépendre une obligation personnelle d'une cou-

(1) Christyn., *Decisiones*, t. Ier, p. 355, *Decis.* 283, nos 15-17. Voet, *Comment. ad Pandectas*, XXIX, 2, 30.
(2) Pollet, *Arrêts du parlement de Flandre*, II, 16, p. 153.
(3) Burgundus, *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, II, 16 et seq.

tume réputée réelle? Bouhier répond : « Il ne faut pas dire qu'en cela les coutumes sont réelles; car, en fait de solidarité, l'action personnelle est la principale. Or, tout statut qui produit une action personnelle est personnel; et c'est pour cela qu'on convient que les coutumes qui supposent des conventions sont de cette nature. C'est même ce qui achève de me persuader que les dispositions statutaires dont il s'agit sont vraiment personnelles, puisqu'elles règlent la nature de l'obligation contractée par l'héritier au moment de l'acceptation de la succession (1). »

Cela n'est pas tout à fait clair. La solidarité résulte, dans l'espèce, de la loi, puisque c'est la coutume qui l'impose à l'héritier; n'est-ce pas dire que la coutume est réelle? Dans le quasi-contrat, il n'intervient pas de concours de consentement, mais la loi suppose que les parties consentent, puisque le fait juridique de l'acceptation prend le nom de *quasi-contrat*. Cela m'induit à croire qu'il n'y a réellement pas de quasi-contrat dans le fait de l'acceptation de l'hérédité, ni dans l'obligation du payement des dettes qui en découle. Il est certain que l'héritier ne s'engagera pas volontairement à la solidarité, qui est contraire à son intérêt et en opposition avec les principes. J'en conclus que la solidarité, établie par les coutumes, ne dépend pas d'une obligation personnelle que l'héritier est censé contracter, que c'est plutôt une obligation créée par la loi. Reste à savoir pourquoi l'obligation de l'héritier de payer les dettes dépend de la coutume du domicile, plutôt que de la coutume de la situation. C'est sans doute, comme le dit Bouhier, que la loi a en vue la personne, et non les biens; il est vrai que c'est sur ses biens que le débiteur est poursuivi, mais le lien en vertu duquel il est tenu sur ses biens n'est pas moins personnel; or, on ne conçoit pas qu'en vertu d'un lien personnel, la personne soit tenue d'une manière différente, selon la situation des biens.

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXI, nos 212-215 (Œuvres, t. Ier, p. 616).

42. L'auteur de l'article *Dette* dans le *Répertoire* (1) auquel Merlin a attaché son nom, est tout entier dans les idées de réalité; on va voir à quelles conséquences le réalisme conduit. Il part du principe établi par Bouhier. « L'héritier qui accepte une succession fait un quasi-contrat avec les créanciers du défunt. Tout contrat, quant aux obligations qu'il produit, se règle par les lois du lieu où il est passé. » Ici déjà j'arrête notre légiste; les contrats et les obligations qui en résultent dépendent avant tout de la volonté des parties contractantes; comme le dit l'article 1134 du code civil, « les *conventions* légalement formées tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites ». Donc ce n'est pas la loi du lieu où le contrat se passe qui détermine leurs obligations, les parties elles-mêmes font la loi qui les régit. Cela prouve que l'on a tort de parler d'un contrat ou d'un quasi-contrat, quand il s'agit du payement des dettes. S'il y avait un contrat, les héritiers décideraient par leur volonté comment ils sont tenus des dettes, et ils ne stipuleraient certes pas qu'ils en sont tenus solidairement; et, dans leur silence, on ne pourrait pas non plus admettre qu'ils ont voulu se soumettre à la solidarité que la coutume établit. Dans le système qui établit cette obligation, il faut encore voir quelle est la coutume où le contrat est censé passé. Le *Répertoire* dit que le quasi-contrat résultant de l'acceptation se passe certainement dans le lieu où les biens sont situés, car il y a autant de successions que de coutumes. C'est la doctrine de Bourgoingne, c'est-à-dire, le réalisme le plus absolu. Qu'on se fonde, pour le décider ainsi, sur la souveraineté des coutumes, je le comprends, dans la théorie traditionnelle des statuts; mais je ne comprends pas qu'un contrat soit censé passé là où les biens qui en sont l'objet ont leur situation. Si l'on s'en tient à l'idée d'un contrat, il faut dire que tout dépend de la volonté des héritiers; or peuvent-ils avoir l'intention de s'obliger d'après les dispositions de coutumes diverses, établissant, les unes la division des dettes et les

(1) Merlin. *Répertoire*, au mot *Dette*, § 4 (t. VIII, p. 13, de l'édition de Bruxelles).

autres la solidarité, de sorte qu'ils auraient tout ensemble l'intention de s'obliger divisément et de s'obliger solidairement. Cela n'a certes pas de sens.

43. Telle est la tradition; pour mieux dire, telles sont les incertitudes de l'ancien droit sur la question des dettes héréditaires. S'il fallait s'attacher à la règle que la cour de cassation croit être celle de la tradition française, il faudrait décider que les héritiers sont tenus des dettes et qu'ils y contribuent d'après la loi de la situation des biens. Mais la tradition ainsi entendue est incompatible avec le code Napoléon. La *contribution* aux dettes reposait sur la distinction des biens en meubles, acquêts, propres paternels et maternels; or cette distinction est abolie par un texte formel : « La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession » (art. 732). Quant à l'*obligation* du payement des dettes, elle variait selon les coutumes, les unes déclarant les héritiers tenus pour leur part virile, les autres donnant aux créanciers une action solidaire. Or ces dispositions du droit coutumier sont également abrogées; aux termes de l'article 1220, les héritiers ne sont tenus des dettes que pour les parts pour lesquelles ils représentent le débiteur, donc ni virilement, ni solidairement. Les bases de la doctrine coutumière étant abolies, il serait souverainement illogique de prendre appui sur le droit coutumier pour interpréter le code civil, et partant pour déterminer si l'*obligation* et la *contribution* doivent être réglées par la loi personnelle du défunt, ou par la loi de la situation des biens. Il faut laisser là la tradition coutumière qui, d'ailleurs ne nous apprend rien, puisqu'elle ne consiste qu'en doutes et controverses, et voir sur quels principes repose le système du code civil.

44. On n'a qu'à comparer le texte de l'article 1220 avec ce que Froland dit du droit écrit (n° 38) pour se convaincre que les auteurs du code civil ont suivi en cette matière le droit romain. Il n'y a plus d'héritiers des meubles, des acquêts et des propres paternels ou maternels ; les héritiers sont les représentants de la personne du défunt qu'ils continuent, ils le représentent dans la mesure

de leur part héréditaire ; ils sont donc tenus des dettes comme le défunt en était tenu, c'est-à-dire personnellement; mais avec cette différence qu'entre le débiteur et le créancier toute dette est indivisible, en ce sens que le débiteur en est tenu pour le tout, tandis que les héritiers n'étant obligés de payer les dettes que comme représentants de la personne du défunt, les dettes se divisent nécessairement entre eux, de sorte que chacun n'en est tenu que pour sa part héréditaire. Le principe romain conduit à une conséquence tout autre que le principe coutumier. L'unique motif pour lequel les héritiers sont tenus des dettes est qu'ils représentent la personne du défunt. Or, le lien entre le défunt et son héritier qui de deux personnes n'en fait qu'une, n'a rien de commun avec les biens et avec leur situation; quand même l'héritier ne recueillerait rien, il n'en serait pas moins le représentant du défunt, et, à ce titre, obligé de payer ses dettes. C'est en ce sens que l'article 724 oblige l'héritier à payer toutes les dettes de la succession ; il n'en est pas tenu sur les biens héréditaires, ces biens se confondent avec les siens, pour ne former qu'un seul et même patrimoine; il y a donc confusion de patrimoines et de personnes : d'où la conséquence que l'héritier est tenu indéfiniment des dettes du défunt, quand même le passif excéderait l'actif. Les biens ne sont pas pris en considération; le payement des dettes dépend de la confusion des personnes, en d'autres termes, l'héritier en est tenu, comme le défunt en était tenu ; or, le défunt en était tenu en vertu de l'obligation qu'il avait contractée, et c'est aussi en vertu de cette obligation que l'héritier en est tenu, c'est-à-dire en vertu d'un lien personnel. On voit que la question des dettes dépend du statut qui fait de l'héritier le représentant de la personne du défunt; cette loi est la loi personnelle du défunt, donc le payement et la contribution dépendent du même statut.

N° 2. LE SYSTÈME DU CODE CIVIL.

45. Dans le système du code civil, tous les successeurs universels sont tenus des dettes, c'est-à-dire qu'ils sont

obligés de les payer sur la poursuite des créanciers. C'est ce qu'on appelle l'*obligation* du payement des dettes. Cette obligation n'a pas la même étendue pour tous les successeurs; il y en a qui sont tenus *ultrà vires*, ou indéfiniment, et d'autres ne doivent payer les dettes que jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillent. Les successeurs universels *contribuent* aussi entre eux au payement des dettes, ce qui se fait toujours pour la part qu'ils prennent dans l'hérédité : c'est ce qu'on appelle la *contribution* aux dettes. On sait quel est l'intérêt de cette distinction, c'est que la part obligatoire dépasse parfois la part contributoire; dans ce cas l'héritier qui a dû payer aux créanciers une part dans la dette dépassant celle pour laquelle il y doit contribuer, a un recours contre ses cosuccesseurs, quand il s'agit de régler la contribution aux dettes. Ces distinctions donnent lieu à bien des controverses; et comme elles ne sont pas les mêmes dans toutes les législations, il en résulte des conflits; de là une nouvelle difficulté pour déterminer la nature du statut qui règle l'obligation et la contribution.

46. Sont d'abord tenus des dettes les héritiers légitimes : aux termes de l'article 724, ils sont saisis des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les dettes et charges de la succession. La saisine implique que les héritiers continuent la personne du défunt; ils sont donc tenus des dettes comme le défunt en était tenu, indéfiniment ou *ultrà vires*, comme on dit dans le langage de l'école, à moins qu'ils n'acceptent sous bénéfice d'inventaire (art. 802, n° 1). Il résulte de l'article 724 un principe très important, c'est que, dans le système du code civil, la saisine a pour conséquence que le successeur est tenu indéfiniment des dettes, comme représentant de la personne du défunt; d'où suit que les successeurs qui n'ont pas la saisine sont de simples successeurs aux biens, et à ce titre ils ne sont obligés de payer les dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent. Pour décider comment les successeurs sont tenus à l'égard des créanciers, il faut donc s'attacher à la saisine: ceux qui sont saisis doivent payer les dettes *ultrà*

vires, ceux qui n'ont pas la saisine ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur émolument. J'expose d'abord les principes du code; nous verrons ensuite s'ils sont fondés en raison.

47. Sont encore tenus des dettes les successeurs irréguliers, l'enfant naturel, le conjoint survivant et l'Etat. Le code civil ne le dit pas ; mais cela résulte de leur qualité de successeurs universels, l'universalité des biens étant grevée de la charge des dettes. Il n'y a de biens que les dettes déduites; ceux qui succèdent aux biens succèdent donc nécessairement aux dettes. Sont-ils tenus *ultrà vires?* La question est très controversée. D'après la tradition et d'après les textes, il faut répondre négativement. Pothier nous dira pourquoi et en quel sens, il y a des successeurs irréguliers, à côté des héritiers légitimes. Les successeurs irréguliers ne succèdent pas à la personne. Le législateur français dénie aux enfants naturels le nom d'héritiers (art. 756). Quant au conjoint survivant et à l'Etat, ils n'ont pas même la qualité de parents ; dès lors il est impossible qu'ils soient héritiers; la loi les appelle à succéder aux biens ; de là suit qu'ils sont tenus des dettes comme charge des biens, et jusqu'à concurrence de leur valeur (1). L'article 724 a consacré cette doctrine, en n'accordant la saisine qu'aux héritiers légitimes et en la refusant aux successeurs irréguliers, parce que les premiers continuent la personne du défunt, tandis que les autres recueillent seulement ses biens. Cela est décisif; ceux qui représentent la personne du défunt au point de se confondre avec lui sont naturellement tenus des dettes comme le défunt, c'est-à-dire indéfiniment, tandis que les simples successeurs aux biens n'en peuvent être tenus qu'à raison des biens et jusqu'à concurrence des biens.

Autre est la question de savoir si la loi a eu raison de maintenir la distinction traditionnelle entre les héritiers saisis et les successeurs irréguliers qui ne sont pas saisis. La cour de cassation pose en principe que tout successeur universel du défunt devrait être tenu comme successeur

(1) Pothier, *Des Successions*, chap. VI. Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XI, nos 58 et 59.

personnel, sans distinguer s'il est héritier légitime ou successeur irrégulier; ayant tous les mêmes droits quant aux biens, ils devraient tous avoir les mêmes charges. Il est assez singulier que ceux que la loi honore en leur accordant la saisine, en leur donnant le nom d'héritiers, soient tenus des dettes indéfiniment, tandis que les successeurs irréguliers, moins favorables, sont favorisés davantage, puisqu'ils ne sont tenus des charges que jusqu'à concurrence de leur émolument. Je reviendrai encore sur la question.

48. Il y a des successeurs *ab intestat* qui ne sont pas successeurs universels, ceux qui exercent le retour successoral. L'article 351 dit que l'adoptant doit contribuer aux dettes ; les articles 747 et 766 n'imposent pas cette obligation à l'ascendant donateur, ni aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel : faut-il leur appliquer, par analogie, la disposition de l'article 351? Tous les auteurs enseignent l'affirmative; il y a cependant de sérieux motifs de douter. Je n'entre pas ici dans ce débat, parce qu'il a peu d'importance pour le droit civil international. Ces successeurs sont-ils tenus *ultrà vires?* La négative est certaine si l'on admet le principe de la saisine, et des conséquences qui en résultent (n° 46). Cette question est aussi controversée. En s'attachant au mot *contribuer* dont se sert l'article 351, on pourrait même soutenir que les créanciers n'ont pas d'action contre les successeurs anomaux; on les admet cependant à agir; mais il se présente de nouvelles difficultés dans l'application. Je renvoie à mes *Principes de droit civil* (1).

49. Les légataires sont tenus des dettes quand ils sont successeurs universels, par application du principe que les dettes sont une charge de l'universalité des biens ; donc les légataires universels et à titre universel sont tenus des dettes et les légataires à titre particulier n'en sont pas tenus. D'après la théorie juridique, cela n'est pas douteux; en est-il de même au point de vue rationnel? Les légataires à titre particulier sont les moins favora-

(1) Voyez mes *Principes*, t. IX, n°s 200 et 201, p. 246 et suiv.

bles, puisqu'ils ne reçoivent que des objets déterminés, d'une valeur relativement beaucoup moins importante que l'universalité des biens ou une quotité de cette universalité, et néanmoins, en fait, ils sont plus favorisés, tout en recueillant des biens à titre gratuit, ils ne contribuent pas aux dettes. Cela n'est pas conforme à l'équité.

Comment les légataires sont-ils tenus des dettes? Si l'on admet le principe de la saisine, il faut décider que le légataire universel, qui est en concours avec des héritiers non réservataires, est tenu des dettes *ultrà vires*, puisqu'il a la saisine, et qu'il représente la personne du défunt; tandis que, n'étant pas saisi quand il est en concours avec des réservataires, il n'est qu'un successeur aux biens, et, à ce titre, tenu seulement jusqu'à concurrence de son émolument. Dans cette théorie, il en faut dire autant des légataires à titre universel qui ne sont jamais saisis, et ne sont, par conséquent, que de simples successeurs aux biens. Toutefois ces questions sont très controversées. La cour de cassation a consacré la doctrine contraire; il suffit, d'après sa jurisprudence, que le successeur universel soit tenu personnellement, pour qu'il soit obligé indéfiniment, comme l'est tout débiteur personnel. Dans cette théorie, on ne tient aucun compte de la tradition. Pothier dit : « Les légataires universels ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succèdent. La raison en est qu'ils ne succèdent pas à la personne du débiteur, mais seulement à ses biens; ils ne sont tenus des dettes que parce qu'elles sont une charge des biens; ils n'en sont point débiteurs personnels (1). » Dans l'ancien droit, cela était certain; les légataires, même universels, n'avaient pas la saisine, ils n'étaient pas héritiers : l'homme, disait-on, ne peut pas faire d'héritiers, Dieu seul le peut. Dans cet ordre d'idées, les héritiers du sang étaient les seuls représentants du défunt, ils continuaient seuls sa personne; et, en la continuant, ils ne faisaient qu'exercer des droits qu'ils avaient déjà de son vivant, à titre de copropriétaires. De là l'importance de

(1) Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans*, tit. XVI, n° 120. *Des Successions*, chap. V, art. III, § 1.

la saisine : le défunt lui-même investissait ses héritiers de la possession de l'hérédité, pour marquer que l'héritier ne faisait qu'un avec lui. Le légataire universel n'était jamais saisi, il ne pouvait donc être qu'un successeur aux biens. Les auteurs du code ont dérogé à la tradition en un point seulement ; ils ont accordé la saisine au légataire universel, lorsqu'il n'y a pas de réservataires. Cela s'est fait par transaction entre le droit coutumier et le droit écrit ; de là l'incohérence du système français : les légataires universels sont tantôt les représentants du défunt, tantôt simples successeurs aux biens, sans que l'on puisse donner un motif rationnel de cette différence. D'un autre côté, le législateur moderne s'est écarté de l'ancienne doctrine ; il n'admet plus que Dieu seul fait les héritiers ; il n'admet plus que l'héritier du sang continue la personne du défunt, en ce sens qu'il est nécessairement tenu des dettes *ultrà vires*, à ce point qu'il ne peut pas même accepter sous bénéfice d'inventaire, ou que, du moins, l'héritier bénéficiaire est exclu par l'héritier pur et simple. Ces vieilles maximes d'honneur et de solidarité entre les membres de la famille ont fait place aux calculs de l'intérêt. Dans cet ordre d'idées, la saisine perd son importance ; il faut dire de tous les successeurs universels qu'ils sont tenus des dettes indéfiniment, sauf à eux à accepter sous bénéfice d'inventaire (1).

50. Les héritiers contractuels sont-ils tenus des dettes et comment? Le code civil ne dit rien de l'obligation qui leur incombe quant au payement des dettes. Il est certain que les donataires universels et à titre universel sont tenus de payer les dettes, puisqu'ils sont successeurs universels. Mais sont-ils tenus *ultrà vires?* Ici il y a de nouveau doute, parce que les principes sont controversés. Si l'on admet le principe de la saisine, tel qu'il est formulé par l'article 724, il faut décider que les donataires ne sont que des successeurs aux biens, puisque la loi ne leur accorde pas la saisine ; et, à ce titre, ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur émolument. Mais la

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XI, nos 100-103.

question même, si les héritiers contractuels ont la saisine, est controversée. A mon avis, ils ne l'ont pas, parce que la loi ne la leur donne point. Je suis obligé de m'en rapporter, sur ces difficultés, à mes *Principes de droit civil*, sinon ces Etudes prendraient un développement infini (1).

51. Tels sont les successeurs qui doivent payer les dettes sur la poursuite des créanciers. Par cela même ils doivent y contribuer entre eux; le droit moderne n'admet plus, comme on le faisait jadis, que certains successeurs ne contribuent pas aux dettes, tels que les héritiers des propres. Mais la part obligatoire peut différer de la part contributoire. Il y a un cas dans lequel cela n'est pas douteux: quand le successeur est poursuivi hypothécairement, et qu'il veut éviter l'expropriation, il doit payer toute la dette, sauf son recours contre ses cosuccesseurs (art. 873). Dans l'opinion que j'ai enseignée et que je reproduis ici, l'héritier légitime est tenu *ultrà vires*, tandis que les successeurs irréguliers et les légataires non saisis ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur émolument. Maintient-on ce principe quand les héritiers concourent avec des successeurs non saisis? Doivent-ils, dans ce cas, payer toute la dette, sur la poursuite des créanciers, sauf à exercer leur recours contre leurs cosuccesseurs? Tel était l'ancien droit, et le code civil l'a reproduit (art. 873). Le concours de successeurs non saisis n'empêche pas les héritiers saisis d'être les seuls représentants de la personne du défunt, et, comme tels, tenus de toutes les dettes à l'égard des créanciers, ce qui est décisif. Toutefois, il y a de nouvelles controverses ; de sorte qu'en définitive tout est douteux dans cette difficile matière.

52. Les principes mêmes étant controversés, il devient très difficile de déterminer la nature du statut qui concerne le payement des dettes et la contribution entre les divers successeurs universels. Si l'on admet que tout est réel en matière de succession, il n'y a plus de question, tout est décidé d'avance, comme par une formule ma-

(1) *Principes de droit civil*, t. XV, nos 239 et 241.

la saisine : le défunt lui-même investissait ses héritiers de la possession de l'hérédité, pour marquer que l'héritier ne faisait qu'un avec lui. Le légataire universel n'était jamais saisi, il ne pouvait donc être qu'un successeur aux biens. Les auteurs du code ont dérogé à la tradition en un point seulement ; ils ont accordé la saisine au légataire universel, lorsqu'il n'y a pas de réservataires. Cela s'est fait par transaction entre le droit coutumier et le droit écrit ; de là l'incohérence du système français : les légataires universels sont tantôt les représentants du défunt, tantôt simples successeurs aux biens, sans que l'on puisse donner un motif rationnel de cette différence. D'un autre côté, le législateur moderne s'est écarté de l'ancienne doctrine ; il n'admet plus que Dieu seul fait les héritiers ; il n'admet plus que l'héritier du sang continue la personne du défunt, en ce sens qu'il est nécessairement tenu des dettes *ultrà vires*, à ce point qu'il ne peut pas même accepter sous bénéfice d'inventaire, ou que, du moins, l'héritier bénéficiaire est exclu par l'héritier pur et simple. Ces vieilles maximes d'honneur et de solidarité entre les membres de la famille ont fait place aux calculs de l'intérêt. Dans cet ordre d'idées, la saisine perd son importance ; il faut dire de tous les successeurs universels qu'ils sont tenus des dettes indéfiniment, sauf à eux à accepter sous bénéfice d'inventaire (1).

50. Les héritiers contractuels sont-ils tenus des dettes et comment? Le code civil ne dit rien de l'obligation qui leur incombe quant au payement des dettes. Il est certain que les donataires universels et à titre universel sont tenus de payer les dettes, puisqu'ils sont successeurs universels. Mais sont-ils tenus *ultrà vires?* Ici il y a de nouveau doute, parce que les principes sont controversés. Si l'on admet le principe de la saisine, tel qu'il est formulé par l'article 724, il faut décider que les donataires ne sont que des successeurs aux biens, puisque la loi ne leur accorde pas la saisine ; et, à ce titre, ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur émolument. Mais la

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XI, nos 100-103.

question même, si les héritiers contractuels ont la saisine, est controversée. A mon avis, ils ne l'ont pas, parce que la loi ne la leur donne point. Je suis obligé de m'en rapporter, sur ces difficultés, à mes *Principes de droit civil*, sinon ces Etudes prendraient un développement infini (1).

51. Tels sont les successeurs qui doivent payer les dettes sur la poursuite des créanciers. Par cela même ils doivent y contribuer entre eux; le droit moderne n'admet plus, comme on le faisait jadis, que certains successeurs ne contribuent pas aux dettes, tels que les héritiers des propres. Mais la part obligatoire peut différer de la part contributoire. Il y a un cas dans lequel cela n'est pas douteux: quand le successeur est poursuivi hypothécairement, et qu'il veut éviter l'expropriation, il doit payer toute la dette, sauf son recours contre ses cosuccesseurs (art. 873). Dans l'opinion que j'ai enseignée et que je reproduis ici, l'héritier légitime est tenu *ultrà vires*, tandis que les successeurs irréguliers et les légataires non saisis ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur émolument. Maintient-on ce principe quand les héritiers concourent avec des successeurs non saisis? Doivent-ils, dans ce cas, payer toute la dette, sur la poursuite des créanciers, sauf à exercer leur recours contre leurs cosuccesseurs? Tel était l'ancien droit, et le code civil l'a reproduit (art. 873). Le concours de successeurs non saisis n'empêche pas les héritiers saisis d'être les seuls représentants de la personne du défunt, et, comme tels, tenus de toutes les dettes à l'égard des créanciers, ce qui est décisif. Toutefois, il y a de nouvelles controverses ; de sorte qu'en définitive tout est douteux dans cette difficile matière.

52. Les principes mêmes étant controversés, il devient très difficile de déterminer la nature du statut qui concerne le payement des dettes et la contribution entre les divers successeurs universels. Si l'on admet que tout est réel en matière de succession, il n'y a plus de question, tout est décidé d'avance, comme par une formule ma-

(1) *Principes de droit civil*, t. XV, nos 239 et 241.

gique. Mais il faut se défier des formules absolues dans notre science. La règle de la réalité est fondée sur l'article 3 du code Napoléon et sur la tradition que les auteurs du code ont entendu consacrer. Mais l'article 3 ne parle que des immeubles ; quant aux meubles, il les abandonne implicitement au statut du domicile. La distinction entre les meubles et les immeubles est-elle admissible dans la matière du payement des dettes? La question n'a point de sens. L'héritier est tenu des dettes : dira-t-il au créancier qui le poursuit qu'il doit régler son action ici sur la loi du domicile, s'il saisit les meubles, et là, sur la loi de la situation, s'il saisit les immeubles? Le créancier lui répondrait : « Mon action se dirige, non contre les biens, mais contre la personne ; c'est avec la personne du défunt que j'ai traité, et c'est parce que vous représentez la personne que j'ai action contre vous ; j'aurais le droit de vous poursuivre comme mon débiteur personnel, quand même vous n'auriez recueilli aucun bien dans la succession du défunt. Si mon action personnelle est indépendante des biens, vous ne pouvez m'opposer le statut réel ; j'ai le droit de m'en tenir au lien personnel qui résulte de l'obligation contractée par le défunt. Ce lien ne dépend d'aucun statut, puisqu'il résulte, régulièrement, d'un concours de volontés, et la volonté exerce son empire partout ; sur tous les biens, en tant que ces biens sont le gage du débiteur ; ce gage est à moi partout où je le trouve. Que si mon action contre les héritiers est réglée différemment par les diverses lois où les biens sont situés, ce n'est pas une raison pour que mon action varie suivant la diversité des lois ; mon droit est un contre mon débiteur, et, s'il vient à décéder, c'est sa loi personnelle qui décidera quel est mon droit contre ses héritiers. Ici ce n'est pas la volonté du défunt qui décide, c'est la loi, et j'ai dû naturellement traiter conformément à la loi du défunt, puisque c'est cette loi qui règle les obligations de ses héritiers. Vouloir que mon action varie d'après les lois diverses des lieux où les biens sont situés, c'est aboutir à une conséquence absurde. Mon gage comprend tous les biens présents et à venir du débiteur ; si je dois agir d'après la

loi de la situation, mon droit dépendra de lois que je ne pouvais pas connaître, pas même prévoir, lors du contrat, lois qui peuvent m'être tellement défavorables que je n'aurais pas traité si j'avais prévu que mon droit contre les héritiers en dépendrait. En vain m'opposerez-vous la souveraineté des lois ou des coutumes où les biens sont situés, je réponds que le droit de gage des créanciers n'a rien de commun avec la souveraineté, puisqu'il est de pur intérêt privé. Voilà pourquoi, dans l'ancien droit, la plupart des auteurs se prononçaient pour la loi du domicile ; c'était l'opinion de Voet, qui donne tout à la réalité, aussi bien que de Bouhier, qui a un penchant décidé pour la personnalité des statuts. Par la même raison, la jurisprudence des cours de Belgique s'était prononcée pour la coutume du domicile, quoique les praticiens, dans nos anciennes provinces, fussent plus réalistes que partout ailleurs. La tradition est donc en harmonie avec les principes. Cela est vrai, autant que l'on peut parler avec quelque certitude de la tradition.

Quant à la contribution aux dettes entre cohéritiers, il est difficile de se prévaloir de l'ancien droit. D'abord les bases mêmes de la contribution sont bouleversées : nous ne savons plus ce que c'est que des acquêts et des propres en matière de succession. Ensuite le droit ancien était d'une incertitude extrême : comment bâtir une théorie sur le doute? Tout ce qui reste du droit traditionnel, c'est la différence qu'il établissait entre la part *obligatoire* et la part *contributoire* ; le principe est maintenu, quoique l'application ait été restreinte, le code civil ayant rejeté les distinctions des meubles, des acquêts et des propres paternels et maternels (1).

Quel est le statut qu'il faut suivre pour déterminer la *contribution* et l'*obligation?* Au fond, ce sont deux faces de la même question; cela est si vrai que les dispositions du code civil confondent souvent les termes qui indiquent l'obligation de payer les dettes, et la part pour laquelle les héritiers y contribuent. C'est le statut personnel du

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IX, n° 38.

défunt qui, en déterminant la part obligatoire, règle implicitement la part contributoire, car dès que l'héritier est tenu de payer plus que la part qu'il doit supporter dans le concours des successibles, il a nécessairement un recours contre ceux qui doivent contribuer avec lui aux dettes et charges. Il ne peut guère y avoir de doute sur ce point.

53. La question de la nature du statut se présente dans le conflit qui existe entre le code Napoléon et deux codes qui procèdent l'un et l'autre de la législation française, le code des Pays-Bas et le code d'Italie, et qui l'ont néanmoins profondément modifié. Dans l'espèce, les nouveaux codes s'accordent dans les dérogations qu'ils apportent au code civil : je me sers de ce terme qui est devenu usuel pour désigner le code Napoléon, tant est grande l'influence du droit français.

La saisine joue un rôle capital dans la question du payement des dettes. C'est parce que le code civil n'accorde la saisine qu'aux héritiers légitimes et, dans un seul cas, au légataire universel, que ces successeurs seuls sont tenus des dettes *ultrà vires*, ce qui entraîne, comme conséquence, une différence entre la part obligatoire et la part contributoire : c'est la base du système français, tel qu'il résulte de la tradition et des textes. Au point de vue des principes et de l'équité, la distinction n'a pas de raison d'être. C'est sur ce terrain que se sont placés les législateurs modernes. Le code italien contient un chapitre intitulé : « Dispositions *communes* aux successions *légitimes* et *testamentaires*. » C'est dans la section Ire de ce chapitre que le législateur dit comment se transmet la possession de l'hérédité, c'est-à-dire qu'il tranche la grave question de la saisine. Aux termes de l'article 925, « la possession des biens du défunt passe de droit à la personne de l'héritier, sans qu'il soit besoin d'une prise de possession matérielle ». Il n'y a plus de différence entre les héritiers légitimes et les légataires ou héritiers testamentaires. Quant aux successeurs irréguliers, le code italien ne reproduit pas la distinction flétrissante qui refuse aux enfants naturels la qualité d'héritiers, ils sont successeurs

légitimes, en ce sens qu'ils succèdent en vertu de la loi ; seulement quand ils concourent avec des enfants légitimes, ils doivent leur demander la délivrance (art. 927) : c'est un dernier débris de l'antique préjugé si fatal aux bâtards. L'époux survivant n'est plus relégué au dernier rang des successeurs irréguliers; il succède avec les parents légitimes et naturels. L'Etat seul est un successeur irrégulier (art. 758); pour mieux dire, il prend les biens, comme biens sans maître.

Le code italien abolit encore la distinction que le code français établit entre le légataire universel et les légataires à titre universel; tous ceux qui sont appelés à l'universalité des biens ou à une quote-part de l'hérédité portent le nom d'héritiers; il n'y a plus que les légataires à titre particulier qui, à ce titre, ne sont pas tenus des dettes (art. 760).

Le code des Pays-Bas contient des dispositions analogues. L'Etat est le seul successeur irrégulier, en ce sens qu'il prend les biens, à charge de payer les dettes jusqu'à concurrence de leur valeur (art. 879). Les légataires portent le nom d'héritiers; ils sont saisis de plein droit concurremment avec les réservataires (art. 1002).

54. Une succession s'ouvre dans les Pays-Bas; il y a des créanciers belges et des biens situés en Belgique; pourront-ils poursuivre pour le tout les héritiers légitimes qui sont en concours avec des légataires universels ou à titre universel? Oui, si le statut du payement des dettes est réel; non, s'il est personnel. Dans mon opinion, le statut est personnel; il faut donc appliquer la loi néerlandaise, loi nationale du défunt; or cette loi ne donne plus action pour le tout contre les héritiers légitimes quand il y a des légataires, puisque ceux-ci sont également saisis d'après le code néerlandais; les créanciers devront donc diviser leur action, sans distinction entre les biens situés dans les Pays-Bas et ceux qui seraient situés en Belgique. Si, au contraire, l'on admet que le statut est réel, les créanciers auront une action pour le tout sur les biens situés en Belgique, et une action divisée sur les biens néerlandais. La réalité du statut conduit ici, comme toujours,

à des conséquences absurdes, c'est qu'un seul et même créancier, pour une seule et même dette, a deux actions différentes contre un même débiteur, selon que les biens se trouvent dans un pays ou dans un autre. Dans le système du statut personnel, on évite cette contrariété d'actions qui n'a aucune raison d'être. Si la succession s'ouvre dans les Pays-Bas, l'action sera partout la même, une action divisée contre tous les successeurs universels, quelle que soit la situation des biens, tandis que l'on appliquera le code Napoléon, si la succession s'ouvre en Belgique, quand même il y aurait des biens situés dans les Pays-Bas.

Il en serait de même si le conflit se présentait entre le code français et le code italien. Il y a cependant un cas où le statut réel devrait recevoir son application. L'article 1029 du code d'Italie porte : « Les héritiers sont tenus des dettes et charges de l'hérédité personnellement en proportion de leur part, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours, s'il y a lieu, contre leurs cohéritiers, à raison de la part pour laquelle ils doivent contribuer aux dettes. » Si la succession s'ouvre en Italie, et que le bien hypothéqué soit situé en France, le créancier italien aura en France une action hypothécaire, non en vertu de la loi italienne, mais en vertu de la loi territoriale française, et cette action sera régie par le code civil, puisque le statut de l'hypothèque est généralement un statut réel. L'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué sera donc obligé de payer toute la dette, s'il veut éviter l'expropriation ; sauf son recours contre ses cosuccesseurs. La réalité de l'action hypothécaire est admise par le code d'Italie, aussi bien que par le code français, de sorte qu'il n'y a pas même de conflit, sous ce rapport, entre les deux législations.

N° 3. SÉPARATION DE PATRIMOINES.

55. L'article 878 du code Napoléon porte : « Les créanciers de l'hérédité peuvent demander, dans tous les cas, et contre tout créancier, la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier. » Les créan-

ciers du défunt peuvent avoir un grand intérêt à demander la séparation des patrimoines. Si l'héritier accepte la succession, sans bénéfice d'inventaire, son patrimoine et celui du défunt se confondent, par suite les créanciers de l'hérédité deviennent les créanciers personnels de l'héritier. Si celui-ci est solvable, ils acquièrent une nouvelle garantie pour le payement de ce qui leur est dû. Mais si l'héritier est insolvable, la confusion des patrimoines sera désastreuse pour les créanciers. Il y a un actif héréditaire de 100,000 francs, et un passif de 100,000 francs; l'héritier a 100,000 francs de dettes et seulement un avoir de 50,000 francs; la confusion des patrimoines aura pour conséquence que les créanciers du défunt perdront une grande partie de leurs créances. La séparation de patrimoines leur donne un moyen d'empêcher ce résultat; les biens de l'hérédité, formant un patrimoine séparé, resteront le gage des créanciers du défunt, et ils seront, par conséquent, payés intégralement si les biens de l'hérédité suffisent, comme je l'ai supposé, pour l'acquittement des dettes.

L'effet de la séparation de patrimoines est que les créanciers du défunt seront payés sur les biens de l'hérédité, de préférence aux créanciers de l'héritier. Pothier dit que cette préférence s'explique par la nature des choses. Les créanciers de l'héritier ne peuvent avoir plus de droit sur les biens de leur débiteur que le débiteur n'en a lui-même; or, l'héritier ne prend les biens de la succession qu'à la charge d'en acquitter les dettes; donc les créanciers de l'héritier doivent aussi souffrir que les dettes qui grèvent ces biens soient acquittées, avant qu'il puisse les saisir. C'est une de ces raisons qui prouvent trop; car il en faudrait conclure que la séparation existe de droit; cependant Pothier et le code, à sa suite, veulent que les créanciers demandent la séparation au juge (1). C'est donc une exception au droit commun. L'héritier qui accepte la succession est tenu de payer les dettes du défunt, mais il les paye sur ses biens, et dans ces biens se trouvent com-

(1) Pothier, *Des Successions*, art. V (t. VIII, p. 219 de l'édition de Bugnet).

pris ceux de l'hérédité, par suite de la confusion des patrimoines, conséquence de son acceptation. C'est par dérogation à cette confusion du patrimoine du défunt avec le patrimoine de l'héritier que les créanciers héréditaires demandent la séparation des patrimoines. Cette dérogation est-elle fondée en droit?

Le vrai fondement de l'exception, c'est le principe établi par les articles 2092 et 2093 du code civil. Celui qui oblige sa personne oblige ses biens; par suite les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers. Or, les créanciers de la succession ont traité avec le défunt; ils avaient donc pour gage les biens du défunt. N'est-il pas juste que ce gage, sur lequel ils comptaient en contractant, leur reste? La mort du débiteur ne peut pas changer les droits de ses créanciers en leur enlevant une partie du gage qui leur était acquis. A vrai dire, c'est un motif d'équité plutôt que de droit strict. D'après la rigueur du droit, les créanciers changent de débiteur, c'est l'héritier qui devient leur débiteur comme représentant du défunt, et ils n'ont d'action que sur les biens de ce débiteur, y compris l'hérédité. Mais quand le défunt laisse des biens suffisants pour acquitter toutes ses dettes, l'équité exige que les biens qui étaient le gage des créanciers pendant la vie du débiteur, restent leur gage après sa mort.

56. Quelle est la nature du statut qui permet aux créanciers du défunt de demander la séparation des patrimoines? C'est une exception au droit commun, et en ce sens, un bénéfice, mais ce bénéfice est aussi un droit, de même que le bénéfice d'inventaire; les créanciers doivent, à la vérité, le demander, mais le juge ne peut pas le refuser. Tout dépend des motifs pour lesquels la loi accorde ce droit aux créanciers du défunt. Or, ces motifs, quelle que soit l'explication que l'on adopte, sont personnels en ce sens qu'ils sont fondés sur le lien que l'obligation crée entre le créancier et le débiteur. Si l'on dit avec Pothier que la séparation des patrimoines est une conséquence du droit commun en vertu duquel l'héritier prend les biens avec les charges qui les grèvent, le bénéfice est une conséquence de l'acceptation de l'hérédité; or, cette

acceptation est un fait de volonté, partant une dépendance du statut qui régit les actes de consentement; quoiqu'ils procèdent de l'autonomie plutôt que de la loi, on assimile à un statut personnel la loi que les parties se font; en ce sens il faut dire que la séparation des patrimoines forme un statut personnel; dans le système de Pothier, ce statut serait celui de l'héritier, puisque la séparation des patrimoines est une conséquence de son acceptation. Si l'on admet, comme je viens de le dire (n° 55), que le fondement de la séparation des patrimoines est dans le principe des articles 2092 et 2093, le statut sera également personnel, puisqu'il procède toujours d'un lien d'obligation; mais, dans cette théorie, il a son point de départ dans les obligations contractées par le défunt; c'est donc le statut personnel du défunt qui réglera la séparation des patrimoines. En tout cas, la séparation n'a rien de réel; les obligations contractées par l'héritier et par le défunt sont étrangères à la situation des biens. J'en ai déjà fait la remarque, et cela est élémentaire; les obligations engendrent un lien personnel, ce lien est indépendant des biens, il existe, alors même que le débiteur n'aurait pas de biens, ce qui arrive quand son passif dépasse son actif.

Je doute que cette doctrine soit admise par les cours de France. Si l'on part du principe consacré par la cour de cassation que tout est réel en matière de succession, on doit l'appliquer à la séparation des patrimoines; il n'y a pas à s'enquérir du motif qui a fait introduire le bénéfice; il suffit qu'il ait effet sur les biens; or, le nom même qu'il porte preuve que les patrimoines du défunt et de l'héritier sont en cause, donc les biens sont affectés directement par la séparation des patrimoines; ce qui, dans la doctrine traditionnelle, est décisif. Toutefois les conséquences témoignent contre le principe. La jurisprudence française prend son appui dans l'article 3 du code Napoléon; or, cet article ne parle que des immeubles, et il est généralement admis, et notamment en matière de succession, que le mobilier suit la personne. Partant, la séparation des patrimoines serait un statut réel quant aux immeubles de l'hérédité, et un statut personnel quant aux

meubles. Comment un seul et même droit, exercé par les mêmes créanciers contre les créanciers de l'héritier, serait-il tout ensemble personnel et réel, d'après la nature des biens sur lesquels il s'exerce? Le droit de gage du créancier s'exerce au même titre sur les biens meubles et immeubles, disent les articles 2092 et 2093; donc il a toujours la même nature; personnel de son essence, il reste personnel dans son exercice. Ce droit de gage n'est pas un droit réel; si le créancier agit sur les biens, c'est parce que les biens sont un accessoire de la personne : cela est décisif.

Il y a cependant un élément de la séparation des patrimoines qui est réel, en ce sens qu'il dépend du statut réel. La séparation est-elle un privilége? J'examinerai la question en traitant des statuts réels; dans notre droit belgique la négative est certaine. Cela n'empêche pas que la conservation du droit des créanciers soit subordonnée à une inscription qu'ils doivent prendre sur les immeubles (loi hyp., art. 39). Or tout le système de publicité, organisé par notre loi hypothécaire, forme un statut réel : ce qui décide la question. J'y reviendrai. Pour le moment je me borne à constater qu'il n'y a rien d'absolu dans la doctrine des statuts; on ne peut pas dire, avec la cour de cassation, que tout est réel en matière de succession, ni, avec les partisans de la personnalité, que tout y est personnel. Il y a plus. Je viens de dire qu'un seul et même statut ne saurait être tout ensemble personnel et réel; cela est vrai quand il s'agit du droit considéré dans son essence. Mais pour l'exercice du droit, le législateur peut prescrire des conditions requises dans l'intérêt des tiers, et par conséquent, dans l'intérêt général; sous ce rapport, le statut prend un caractère de réalité. Telle est la séparation des patrimoines. Le droit des créanciers est personnel, et dépend de leur statut personnel; mais dans l'application du principe, et pour l'exercice de leur droit sur les immeubles, ils doivent remplir les formalités prescrites par la loi territoriale; en ce point ils sont tenus de se conformer à la loi du territoire, parce qu'elle est d'intérêt social.

57. La question de la nature du statut s'élève dans le conflit du code italien avec le code Napoléon. Aux termes de l'article 880, le droit des créanciers se prescrit, relativement aux meubles, par le laps de trois ans. Notre loi hypothécaire ajoute (art. 39) que les créanciers doivent prendre inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession. Le code d'Italie a un autre système, l'article 2057 porte que le droit à la séparation ne peut s'exercer que dans le délai péremptoire de trois mois du jour de l'ouverture de la succession. Comment les créanciers d'une succession ouverte en France conserveront-ils leur droit s'il y a des biens situés en Italie? D'après le droit français, ils auraient trois ans pour demander la séparation quant aux meubles; jouiront-ils de ce délai quant aux meubles qui se trouveraient en Italie? Je ne le crois pas. Il est vrai que, dans mon opinion, le statut est personnel, et le statut français donne aux créanciers trois ans pour agir; mais s'ils agissent en Italie, on leur opposera le statut territorial qui les déclare déchus après l'expiration de trois mois. Question de savoir si le statut territorial domine ici le statut personnel. Je laisse de côté, pour le moment, la question de prescription, pour y revenir dans une Etude spéciale sur cette importante matière; les principes qui régissent la séparation des patrimoines suffisent pour décider la difficulté. Si les lois imposent aux créanciers un délai pour agir, c'est dans l'intérêt des tiers; ceux-ci doivent savoir, et le plus tôt possible, si les meubles dépendant d'une succession sont le gage exclusif des créanciers héréditaires, ou si ces meubles leur serviront de gage quand ils traitent avec l'héritier; or tout statut établi dans l'intérêt des tiers est réel. Il y a encore une objection. On admet généralement et dans toutes les législations que les meubles suivent la personne, c'est-à-dire que le droit des parties intéressées dépend du statut personnel. N'en faut-il pas conclure que les créanciers français peuvent invoquer leur statut national en Italie? Je crois que non. Le principe que les meubles suivent la personne n'est pas absolu; dans l'espèce, le droit des créanciers a, au contraire, un caractère de réalité; si la séparation de

patrimoines n'est pas un privilége, toujours est-il qu'il en résulte un droit de préférence en faveur des créanciers héréditaires à l'égard des créanciers de l'héritier, et toute préférence compromet les intérêts des tiers; ce qui donne à la loi territoriale le droit d'intervenir pour sauvegarder les droits de ses nationaux. Il suit de là que le statut est réel quant aux meubles aussi bien que quant aux immeubles.

Les créanciers français conserveront-ils leur droit sur les immeubles situés en Italie, en prenant une inscription sur ces immeubles dans les six mois? Ici la négative est certaine; car on ne saurait contester le caractère de réalité à des droits qui doivent être rendus publics dans l'intérêt des tiers, et qui, étant conservés, assurent aux créanciers une préférence à l'égard des tiers.

§ IV. — *De la liquidation.*

58. Cette matière concerne la procédure plutôt que le droit civil; elle est donc étrangère à mes Etudes. Je dois en dire un mot cependant, parce qu'il y a en cause des principes de droit international privé, et si on les appliquait d'une manière absolue, on aboutirait nécessairement à des erreurs. Ainsi l'on admet comme règle que la procédure dépend du statut réel, parce que la procédure règle l'action du pouvoir judiciaire, et cette action est certainement d'intérêt social; pour mieux dire, c'est un droit et un devoir pour la société d'assurer à tous ses membres l'exercice de leurs droits. Dans mon opinion, ce devoir s'étend même aux étrangers; tel est l'esprit de la Constitution belge quand elle dit que les étrangers jouissent de la même protection que les Belges en ce qui concerne leurs personnes et leurs biens (art. 128); donc la procédure tient au droit public, et à ce titre elle forme un statut réel.

Est-ce à dire que toutes les règles qui concernent la liquidation des successions appartiennent au statut réel? Il faut se défier des principes absolus dans notre science; je viens d'en donner une preuve. Un seul et même droit

peut présenter des faces diverses, et dépendre, par conséquent, de statuts divers. A plus forte raison, en est-il ainsi d'un ensemble de règles qui s'appliquent à des faits juridiques d'une nature essentiellement diverse. La liquidation se fait entre copartageants. Si tous sont capables, ils règlent leurs intérêts comme ils l'entendent, sans aucune intervention de la justice; dès lors le droit public est hors de cause, le droit privé seul domine, partant, en théorie, le statut est personnel. Je dirai à l'instant si la théorie est d'accord avec la tradition. Voilà un nouvel élément qui intervient dans le débat, et dont il faut tenir compte, puisque la liquidation des successions appartient au droit positif. Si parmi les copartageants il se trouve des incapables, il y a un concours de statuts différents. L'incapacité dépend de l'état des personnes, et l'état forme un statut personnel, aux termes de l'article 3 du code civil. En est-il de même des formalités habilitantes qui sont une suite de l'incapacité? La confusion et l'incertitude sont grandes quand il s'agit de formalités. On admet généralement, et avec raison, que l'adage *Locus regit actum* ne reçoit pas d'application aux formalités que la loi prescrit pour protéger les incapables; celles-ci dépendent du statut personnel, comme une conséquence dépend du principe. Viennent ensuite les formalités judiciaires, que le code civil prescrit pour le partage où des mineurs sont intéressés; faut-il appliquer, dans ce cas, les principes qui régissent la procédure? Il y a un motif de douter; la procédure suppose un procès, or, dans l'espèce, il n'y a point de procès; les tribunaux exercent une juridiction volontaire; de quel statut dépend cette juridiction : n'est-ce pas du pouvoir souverain, lequel protége tous ceux qui habitent le territoire? Ainsi considérée, la liquidation judiciaire des partages où des mineurs sont parties dépend du statut territorial aussi bien que la liquidation qui se fait en justice entre majeurs. Le partage donne souvent lieu à des licitations; quand ces ventes se font aussi dans des formes judiciaires, le statut, à mon avis, sera réel, sauf à tenir compte de l'incapacité des copartageants. Enfin il intervient encore un statut, dans l'es-

pèce, qui est nécessairement réel, c'est le privilége immobilier que la loi accorde aux copartageants. On voit combien la question du statut se complique lorsqu'on entre dans les détails de ce fait complexe que l'on appelle la liquidation. C'est le cas de recourir aux distinctions qui résultent de la nature diverse des faits juridiques.

N° 1. DE LA LIQUIDATION ENTRE COPARTAGEANTS CAPABLES.

59. Quand les copartageants sont tous majeurs et capables, et qu'ils s'entendent, ils liquident la succession comme ils veulent; tout dépendant de leur volonté, il ne peut être question de statut. Ce principe est implicitement consacré par l'article 1134 du code civil, aux termes duquel « les conventions légalement formées *tiennent lieu de loi* à ceux qui les ont faites ». Dès le seizième siècle, Dumoulin en avait conclu que les conventions ont effet sur les biens, quelle que soit leur situation, ce qui était reconnu par tout le monde, pour les conventions expresses; Dumoulin étendit le principe aux conventions tacites, et sa doctrine l'emporta dans la jurisprudence malgré l'opposition de son émule, d'Argentré; dans nos provinces belgiques, elle éprouva une résistance plus vive encore chez les praticiens, tous imbus de la maxime de la réalité des coutumes, mais il ne faut pas perdre de vue que le débat ne portait que sur la communauté tacite, dite *coutumière* ou *légale;* quant aux conventions expresses, personne ne contestait qu'elles dépendent entièrement de la volonté des parties, et que, par suite, elles ont effet partout; en ce sens, on les comparait aux statuts personnels qui étendent leur empire sur tous les biens, sans tenir compte de leur situation. Le meilleur de nos anciens jurisconsultes, Voet, finit par se ranger entièrement à l'avis de Dumoulin; la victoire du principe conventionnel était complète.

Cependant si l'on s'en tenait au principe que la cour de cassation a formulé, que tout est réel en matière de succession, il faudrait dire que la liquidation conventionnelle dépend du statut réel. Ce serait, je crois, dépasser la pensée de la cour, en donnant à sa jurisprudence une

portée qui ne pouvait pas être dans ses intentions. En effet, que voulait-elle? Consacrer la tradition, maintenue par le code civil. En cela, elle a parfaitement raison; cette tradition, en matière de succession, c'est le réalisme, en cela encore la cour est dans le vrai; mais la tradition ne disait pas que tout est réel. Un excellent légiste, Masuer, distinguait : quand la loi agit, le statut est réel; quand tout dépend de la volonté de l'homme, le statut est personnel, je viens de dire en quel sens. D'Argentré lui-même, dont la cour invoque le témoignage, l'avouait quand il s'agissait d'une convention expresse, où l'homme parle en maître, sans aucune intervention de la loi. Telle est la vraie tradition : il faut s'y tenir. L'application à l'espèce de la lettre de l'article 3 aboutirait à des conséquences absurdes qu'il faudrait admettre si telle était la loi ou la tradition, mais que l'on est en droit de repousser en s'appuyant sur une tradition séculaire. La liquidation sera-t-elle régie par la loi territoriale du lieu où les biens sont situés? Oui, s'il y a une loi qui s'impose aux parties et qui entrave leur volonté. Non, si la loi permet aux parties, comme le dit le code civil (art. 1387), de faire leurs conventions comme elles le jugent à propos. Or, quand la liquidation se fait entre cohéritiers capables de contracter, il n'y a pas de loi qui les empêche de faire ce qu'ils veulent; il faut donc maintenir le principe de l'article 1134; leur volonté tiendra lieu de loi.

Le code lui-même consacre ce principe, au titre des *Successions*. L'article 819 porte : « Si tous les héritiers sont présents et majeurs, l'apposition des scellés sur les effets de la succession n'est pas nécessaire, et le partage peut être fait dans la *forme* et par tel *acte* que les *parties intéressées jugent convenables*. » C'est seulement quand tous les héritiers ne sont pas présents, ou s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits, que la loi intervient pour sauvegarder leurs intérêts : j'y reviendrai. De même « si l'un des héritiers refuse de consentir au partage, ou s'il s'élève des contestations, soit sur le mode d'y procéder, soit sur la manière de le terminer, le tribunal prononce » (art. 823). Il va sans dire que, s'il y a contestation

sur le mode de liquider la succession, l'autonomie des parties intéressées cesse, puisqu'elles n'ont pas voulu en faire usage. Tout procès est porté devant les tribunaux, et les juges décident dans les formes prescrites par la loi ; le droit privé des conventions fait place au droit public de la procédure. Il en est ainsi, avant tout, de la compétence. Cette matière étant étrangère à l'objet de mes Etudes sur le droit civil international, je me borne à transcrire les articles de la loi du 25 mars 1876 qui y sont relatifs.

60. Article 47 : « Seront portées devant le juge du lieu de l'ouverture de la succession :

1° Les actions en pétition d'hérédité, les actions en partage, et *toutes autres* entre *cohéritiers* jusqu'au partage ;

2° Les actions contre l'exécuteur testamentaire, pourvu qu'elles soient formées dans les deux ans de l'ouverture de la succession ;

3° Les actions en rescision ou en nullité du partage ou en garantie des lots, intentées au plus tard dans les deux ans du partage ;

4° Les actions des légataires et des créanciers contre les héritiers ou l'un d'eux, si elles sont formées dans les deux années du décès. »

Article 48 : « Quand la succession est ouverte en pays étranger, les actions dont il est parlé ci-dessus seront portées devant le tribunal de la situation des immeubles dépendant de cette succession, et ce conformément à l'article 46 qui précède. » L'article 46 règle la compétence des tribunaux en matière immobilière.

« Si la succession ne comprend pas d'immeubles situés en Belgique, la compétence sera réglée d'après les dispositions des articles 39 et 53. » L'article 39 établit le principe que « le juge du domicile du défendeur est seul compétent pour connaître de la cause, sauf les exceptions et modifications prévues par la loi ». L'article 52 détermine les cas dans lesquels les étrangers pourront être assignés devant les tribunaux du royaume, soit par un Belge, soit par un étranger. Puis l'article 53 ajoute : « Lorsque les différentes bases indiquées au présent chapitre sont insuf-

fisantes pour déterminer la compétence des tribunaux belges à l'égard des étrangers, le demandeur pourra porter la cause devant le juge du lieu où il a lui-même son domicile ou sa résidence. »

61. Le code Napoléon et le code de procédure civile règlent les détails de la liquidation qui se fait en justice. Cette procédure est longue et frayeuse; elle sera modifiée par le nouveau code de procédure qui est soumis aux chambres, et dont la discussion, malheureusement, est ajournée d'année en année. Si nos législateurs voulaient se rappeler l'exemple que leur a donné le conseil d'Etat sous le Consulat et sous l'Empire! Les lois se faisaient plus vite et mieux que les nôtres.

62. Je laisse de côté la jurisprudence en ce qui concerne la liquidation proprement dite, en me bornant à citer quelques arrêts qui se rapportent au droit civil international.

J'ai déjà cité l'arrêt rendu par la cour de Colmar dans l'affaire Gérardy. La succession s'était ouverte dans le grand-duché de Bade; il y avait en France des immeubles dépendant de l'hérédité. La demande en partage devait-elle être portée devant les tribunaux français ou devant les tribunaux badois? Le code de procédure civile dispose (art. 59) que les demandes à fin de partage doivent être portées devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte : cela paraissait décisif au défendeur, qui déclina la juridiction française. Le premier juge rejeta néanmoins le déclinatoire; à l'article 59 du code de procédure il opposa l'article 3 du code civil, aux termes duquel les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Le tribunal ajoute que ce dernier principe a toujours été suivi dans la pratique; la tradition était donc d'accord avec les prescriptions du code civil. Sur appel, la cour confirma la décision; l'article 3 consacre la souveraineté française; et, par une conséquence nécessaire, la juridiction des tribunaux français; or les lois qui tiennent à la souveraineté sont, par excellence, des statuts réels, qui dominent les règles de procédure fondées sur le droit

privé (1). Notre loi de 1876 a consacré ce principe (n° 48).

63. Une succession s'ouvre en France, les immeubles sont situés en pays étranger. Quel est le tribunal compétent pour connaître de la liquidation? L'arrêt que je viens de rapporter décide la question en principe : la juridiction territoriale, dans l'espèce, dépend du statut réel de la situation, puisque la souveraineté est en cause; or, si l'étranger doit respecter la souveraineté française quand les immeubles sont situés en France, par identité de raison, les Français doivent respecter la souveraineté étrangère quand les immeubles sont situés en pays étranger. Cependant la cour de Besançon a jugé en sens contraire. Le premier juge s'était déclaré incompétent pour procéder à la liquidation : « Attendu qu'aux termes de l'article 3 du code civil, la loi française soumettant à la juridiction des tribunaux français tous les immeubles situés en France, quand même ils seraient possédés par des étrangers, il y a lieu de décider, par voie d'analogie, et comme une conséquence nécessaire du principe posé par l'article 3, que les immeubles sis en pays étranger doivent être soumis à la juridiction des tribunaux étrangers dans le ressort duquel ils sont situés. » Sur appel, la décision fut réformée : « Considérant que, s'agissant d'une succession ouverte en France, et dans l'arrondissement de Lure, le tribunal de cet arrondissement avait seul compétence pour en ordonner la liquidation et toutes les opérations qui s'y rattachent; qu'il importe peu qu'une partie de ces immeubles soit située à l'étranger; qu'en cette matière l'*égalité des partages* doit prévaloir sur les règles du *statut réel*, et que cette égalité exige l'unité dans la liquidation (2). »

La décision de la cour de Besançon est en contradiction avec l'arrêt de la cour de Colmar. Celle-ci invoque le principe de souveraineté consacrée par l'article 3, pour en induire que le droit public doit l'emporter sur la règle de compétence établie par l'article 59 du code de procédure, quoique la procédure tienne aussi au droit public,

(1) Colmar, 12 août 1817 (Sirey, *Nouveau Recueil*, t. V, 2, 316).
(2) Besançon, 23 juillet 1875 (Dalloz, 1876, 2, 158).

mais les droits de la souveraineté dominent toute autre considération. La cour de Besançon, au contraire, subordonne le droit essentiel de la souveraineté à l'unité de liquidation qui n'est que d'intérêt privé. C'est oublier que, dans l'espèce, le statut réel est, comme le disait Portalis, la conséquence de la souveraineté, indivisible de son essence. Faut-il demander à la cour ce qu'il y a de plus essentiel, l'indivisibilité de la puissance souveraine, ou l'unité de la liquidation d'une hérédité?

64. On cite (1), pour justifier cette décision, un arrêt de la cour de cassation qui a cassé un arrêt de Besançon, en matière de partage. C'est confondre les deux espèces qui étaient essentiellement différentes. Dans l'affaire jugée par la cour de cassation, il s'agissait de l'application de la loi du 14 juillet 1819, loi toute spéciale qui suppose qu'il y a un conflit entre la législation étrangère et la législation française; tandis que l'arrêt de Besançon, que je me suis permis de critiquer, ne cite pas même la loi de 1819, par l'excellente raison qu'il n'y avait aucun conflit; il ne s'agissait que d'une question de liquidation et de compétence; il suffit de le lire pour s'en convaincre. Je dois m'arrêter à l'arrêt de la cour de cassation; il décide plusieurs difficultés très importantes pour notre science.

Un Français, F. Jeannin, décéda à Bologne, le 10 décembre 1855, laissant des héritiers français, neveux et nièces, des immeubles situés en France et en Italie, et des effets mobiliers à Bologne. Il se présentait une première difficulté : quel était le lieu d'ouverture de la succession? La solution dépendait du point de savoir quel était le domicile du défunt. On a contesté aux Français le droit d'avoir un domicile à l'étranger, tant qu'ils conservent leur nationalité française. Sur ce point, la cour d'appel et la cour de cassation sont d'accord; il n'y a pas une ombre de raison pour refuser au Français la faculté naturelle et civile de fixer à l'étranger son principal établissement. Dans l'espèce, le juge du fait avait décidé que Jeannin

(1) L'annotateur du *Recueil* de Dalloz, où les erreurs de ce genre ne manquent point; de sorte qu'il faut donner aux jeunes avocats le conseil de laisser là les notes, pour s'en tenir aux arrêts (Dalloz, 1876, 2, p. 158).

avait établi son domicile à Bologne, où il avait résidé pendant quarante-cinq ans, depuis 1810.

La succession de Jeannin s'était donc ouverte à Bologne. Il en résultait que la loi en vigueur à Bologne réglait la succession mobilière, puisque le défunt n'avait pas laissé d'effets mobiliers en France. Sur ce point encore, la cour d'appel et la cour de cassation sont d'accord. La cour de cassation invoque deux principes pour justifier cette décision : d'abord les valeurs mobilières suivent toujours la personne, et partant son domicile. Ce premier motif est considérable. La cour ne dit pas que la *succession mobilière* était régie par la *loi personnelle* ou *nationale* du défunt, qui n'avait jamais perdu sa nationalité française; si le *mobilier* était régi par la *loi personnelle* ou *nationale*, il eût fallu appliquer le code Napoléon ; d'après le principe du *domicile*, il fallait appliquer la loi de Bologne. Un second motif pour appliquer la loi locale était la circonstance qu'au moment du décès, les valeurs mobilières se trouvaient à Bologne; le mobilier avait donc sa situation réelle et sa situation fictive, au même lieu, au domicile du défunt. C'était un motif déterminant pour attribuer à la loi locale le règlement de la succession mobilière.

Restait la succession immobilière. Ici s'élevait une question très difficile. D'après le droit commun, la succession dépendait du statut réel qui, lors de l'ouverture de la succession, régnait en Italie comme en France; la succession devait donc se partager, d'après la loi de la situation : les immeubles italiens par la loi de Bologne, les immeubles français par le code Napoléon. Mais le droit commun pouvait-il recevoir son application? Ne fallait-il pas appliquer la loi du 14 juillet 1819? Cette loi suppose un conflit entre la législation française et la législation étrangère. Dans l'espèce, ce conflit existait réellement. Le territoire de Bologne était régi en 1855 par le règlement publié par Grégoire XVI, le 10 novembre 1834. L'article 11 de cet acte dispose que, dans les successions des collatéraux mâles, les femmes ainsi que leurs descendants de l'un et de l'autre sexe, à tous degrés, seront

exclus par les mâles agnats, parents du défunt jusqu'au troisième degré inclusivement. Les neveux de Jeannin, issus des frères du défunt, réclamèrent le bénéfice de la loi pontificale, et furent envoyés en possession de tous les biens situés à Bologne, à l'exclusion des neveux et nièces issus des sœurs du défunt; ceux-ci étaient au nombre de plus de trente, tandis qu'il n'y avait que deux descendants agnats.

Les neveux et nièces issus des sœurs de Jeannin demandèrent, devant le tribunal de la situation des biens français, l'application de la loi de 1819, dont l'article 2 est ainsi conçu : « Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers *français et étrangers*, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus en pays étranger, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et des coutumes locales. » Cette disposition s'applique-t-elle au cas où, comme dans l'espèce, il n'y a que des héritiers français? C'est sur cette question que la cour de Besançon et la cour de cassation se divisèrent. Se fondant sur le texte de la loi de 1819, qui parle d'une succession échue à des cohéritiers *étrangers et français*, la cour de Besançon décida que la loi n'était applicable qu'au cas où il y avait concours entre cohéritiers français et étrangers; et, dans l'espèce, il n'y avait que des héritiers français. La cour de cassation, au contraire, se prononça pour l'application de la loi aux héritiers français, en se fondant sur l'esprit de la loi de 1819 : « L'égalité dans les partages, dit-elle, tient de si près et si essentiellement à l'*ordre public*, que dans aucun cas, et sous aucun prétexte, il ne peut être atteint, en France, par les dispositions contraires des coutumes locales étrangères, quelles qu'elles soient, qui tendraient à en suspendre ou à en modifier les effets (1). » A mon avis, la cour a dépassé la loi de 1819 en l'étendant à un cas que cette loi n'a point prévu, et qu'elle ne pouvait pas prévoir, puisque le seul but du législateur était d'abolir

(1) Cassation, 27 avril 1868 (Sirey, 1868, 1, 257).

le droit d'aubaine, ou l'incapacité de succéder qui frappait encore l'étranger, en vertu des articles 726 et 912; et, dans l'espèce, il ne pouvait pas s'agir du droit d'aubaine, puisqu'il n'y avait pas d'étranger en cause. Dans le système de la cour de cassation, le législateur français impose sa législation, l'ordre de succession, tel qu'il le conçoit, à un pays étranger. C'est méconnaître la souveraineté des autres nations, alors que la souveraineté française n'est pas en cause. Je renvoie à la critique que j'ai faite de l'arrêt de la cour de cassation dans mes *Principes de droit civil* (t. VIII, n° 559) et à ce que j'ai dit ici même de la loi de 1819 reproduite en Belgique par la loi du 27 avril 1865.

N° 2. DE LA LIQUIDATION QUAND IL Y A DES COPARTAGEANTS INCAPABLES.

1. *Les textes et le statut.*

65. Le code Napoléon contient des dispositions spéciales sur la liquidation des successions dans lesquelles des mineurs ou interdits sont intéressés. Aux termes de l'article 465, le tuteur ne peut provoquer un partage qu'avec l'autorisation du conseil de famille, mais il peut, sans cette autorisation, répondre à une action en partage dirigée contre le mineur. L'article 817 reproduit cette règle en l'étendant aux interdits, ce qui est de droit, puisque l'interdit est assimilé au mineur quant à ses biens, et par suite les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits (art. 509).

L'article 466 prescrit des formalités spéciales pour les partages dans lesquels des mineurs sont intéressés : « Pour obtenir à l'égard du mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, le partage devra être fait en justice, et précédé d'une estimation faite par experts. » Le code de procédure a complété cette disposition en organisant le partage judiciaire.

Les partages conduisent le plus souvent à la licitation des biens indivis : « Si une chose commune à plusieurs ne peut être partagée commodément et sans perte; ou, si

dans un partage fait de gré à gré, il se trouve des biens qu'aucun copartageant ne puisse ou ne veuille prendre, la vente s'en fait aux enchères, » dans les formes prescrites par le code de procédure (art. 1686). L'article 460 porte que les formalités prescrites par les articles 457 et 458 pour l'aliénation des biens du mineur ne s'appliquent point au cas où un jugement aurait ordonné la licitation sur la provocation d'un copropriétaire par indivis; l'intervention de la justice tient lieu, dans ce cas, de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal; et il ne peut être question d'exiger une nécessité absolue ou un avantage évident, comme le veut l'article 457, puisque la licitation, tenant lieu de partage, doit se faire, dès que l'un des communistes demande le partage, et que la chose est impartageable.

La loi belge du 12 juin 1816 a remplacé le partage judiciaire du code de procédure par des formalités plus simples et moins coûteuses. Je transcris l'article 9 : « Sont également abolies les dispositions et formalités prescrites par (le code Napoléon et le code de procédure civile) à l'égard du partage, et la liquidation des successions auxquelles sont intéressés des interdits ou mineurs comme copartageants. Ce partage se fera désormais par le ministère d'un notaire et témoins, par-devant le juge de paix du canton où la succession est ouverte, et en présence des tuteurs, des tuteurs spéciaux et subrogés, ou des mineurs émancipés assistés de leurs curateurs... Le juge de paix devra veiller particulièrement à ce que les intérêts des mineurs soient sauvegardés. Lorsque les majeurs et les tuteurs des mineurs, ou bien ces derniers entre eux, ne s'accordent point sur la formation des lots, ou lorsque le juge de paix lui-même le trouvera convenir pour les intérêts des mineurs, il désignera un ou plusieurs experts à l'effet de former les lots. Les lots ainsi formés seront, par-devant le juge de paix, adjugés aux divers copartageants, soit par arrangement à l'amiable, soit par la voie du sort; et il en sera fait mention dans l'acte notarié du partage. » L'article contient encore une disposition sur les vacations qui seront allouées aux juges de paix et à leurs greffiers.

66. L'article 484 du code Napoléon pose en principe que le mineur émancipé ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé. Il en résulte que les formalités du partage judiciaire (art. 466) sont applicables au partage où des mineurs sont intéressés. La loi du 12 juin 1816 a étendu aux mineurs émancipés les formalités nouvelles par lesquelles elle a remplacé le partage judiciaire de la législation française (art. 9).

67. Les interdits sont assimilés aux mineurs par le code Napoléon (art. 509) et par la loi du 12 juin 1816 (art. 9).

Les lois nouvelles portées en France et en Belgique sur la collocation des aliénés dans les hospices ou dans les maisons de santé ont créé une nouvelle catégorie d'incapables. En Belgique, la loi du 18 juin 1850 a été modifiée par celle du 28 décembre 1873. Il reste encore des lacunes. La dernière loi donne à l'administrateur provisoire des pouvoirs plus étendus; elle lui permet notamment, en vertu d'une autorisation spéciale du président du tribunal civil, de représenter l'aliéné en justice, ainsi que dans les inventaires, comptes, *partages* et *liquidations* dans lesquels l'aliéné serait intéressé. La loi ne dit pas dans quelle forme se feront ces liquidations. Comme, légalement, les aliénés colloqués ne sont pas assimilés aux interdits, on doit les réputer capables, et, partant, il n'y a pas lieu au partage judiciaire, tel qu'il est organisé par la loi du 12 juin 1816. La loi de 1850 est conçue dans le même sens; elle porte (art. 32 des deux lois combinées) qu'à défaut d'administrateur provisoire le président commettra un notaire pour représenter les aliénés colloqués dans les partages et liquidations.

68. La loi de 1816, qui régit les partages et licitations où les incapables sont intéressés, est spéciale à la Belgique et aux Pays-Bas. En France, on a maintenu les longues et dispendieuses formalités du partage judiciaire. Chaque pays a sa procédure spéciale. Il importe donc de savoir quelle est la loi qui régit les liquidations où interviennent les mineurs et les interdits : est-ce la loi person-

nelle des incapables? est-ce la loi du lieu où la succession s'ouvre? ou est-ce la loi du lieu où les biens sont situés? et quelle loi suivra-t-on pour le mobilier? Ici, plus que jamais, il faut se défier de la règle absolue que tout est réel en matière de successions : la règle mettrait fin, il est vrai, à tout doute, elle est d'une simplicité qui séduit, mais le droit, et notamment les partages et liquidations, comprennent des relations si complexes, d'une variété si grande, que la simplicité aboutirait à méconnaître les principes les plus élémentaires. D'abord il faut nécessairement tenir compte de l'incapacité des copartageants; c'est à raison de leur état que le législateur français a soumis les partages où ils sont intéressés à des formalités judiciaires qui ont pour objet de sauvegarder leurs intérêts; la loi belge de 1816 a maintenu le principe, en simplifiant les formes. L'état des incapables est régi par leur statut personnel, et en droit français comme en droit italien, le droit personnel est déterminé par la nationalité.

En faut-il conclure que le partage où des incapables interviennent sera réglé tout entier par la loi nationale des mineurs? Ce serait vouloir l'impossible. En effet, le partage judiciaire de la loi de 1816 suppose une organisation de la juridiction contentieuse et volontaire, conforme aux lois françaises, une tutelle, une subrogée tutelle, des conseils de famille, des juges de paix, des notaires; or, il se peut que dans le pays auquel appartiennent les mineurs, il n'existe rien de cette organisation, ou qu'elle soit toute différente. D'un autre côté, il y a des principes de droit qui rendent impossible l'application d'une loi uniforme. Il est de principe que la procédure est réglée par la loi territoriale, quelle que soit la nationalité des personnes qui y figurent; le juge ne peut suivre d'autres formes que celles de la loi au nom de laquelle il rend la justice. Or le partage dans lequel les mineurs sont intéressés est un partage judiciaire; peu importe qu'il appartienne à la juridiction volontaire plutôt qu'à la juridiction contentieuse; les fonctionnaires qui sont les agents de la juridiction volontaire ne peuvent instrumenter que dans les formes prescrites par la loi au nom de laquelle ils agissent : le

principe est donc identique, il nous ramène au statut territorial. Il y a encore un autre élément de la liquidation qui dépend du statut réel. Les licitations sont des ventes; or, les ventes d'immeubles se font dans les formes prescrites par la loi de la situation; elle doit, par conséquent, se faire dans des formes différentes selon les lois diverses qui régissent les divers territoires où les biens sont situés. Cela suppose que le partage comprend des immeubles; les meubles ont toujours suivi la personne et la loi qui la régit, mais ce principe n'est pas absolu. Voilà de nouvelles distinctions qui compliquent la question des statuts.

Ainsi il est impossible d'admettre un statut unique, il y a une part à faire aux divers éléments que je viens de signaler: Le statut personnel doit être pris en considération lorsque la capacité est en cause; il faudra encore suivre ce statut pour le mobilier héréditaire, à moins que le statut territorial ne domine le statut personnel, à raison de l'intérêt social, qui l'emporte toujours sur l'intérêt privé. Mais le statut réel a aussi une grande part dans la liquidation, puisque la succession comprend régulièrement des immeubles, et les immeubles sont régis par la loi de la situation. Je ne parle pas de la rédaction des actes, elle est toujours soumise à la loi locale, sans que l'on puisse dire que le statut est réel. Je ne fais que rappeler ici des principes que j'ai exposés longuement dans le cours de ces Etudes, et dont il s'agit maintenant de faire l'application.

II. *L'incapacité et les formalités habilitantes.*

69. On dit d'ordinaire, et cela est vrai, que le droit civil international est un droit traditionnel, et qu'il faut avant tout consulter la tradition, notamment en matière de droit héréditaire. Mais il faut tenir compte aussi des innovations que la législation nouvelle a apportées à l'ancien droit; quoique le code civil ne parle des statuts que pour renvoyer au droit traditionnel, il a, en bien des points, innové; rien de plus vague que l'ancienne *jurisprudence;* les auteurs anciens, en donnant ce nom à leur science, marquaient par là combien était grande l'autorité

des parlements et des cours de justice; en l'absence d'un code, le droit était indécis et flottant; les juges étaient, à vrai dire, législateurs, ils créaient le droit tout en l'appliquant. Mais chaque tribunal jugeait à sa guise; de là une incertitude absolue. Quel était le droit ancien en ce qui concerne les formalités habilitantes, nécessitées par l'incapacité des contractants? Je doute qu'il soit possible de répondre à la question. Voici ce que je lis dans Bouhier : « Il s'agit de vendre les biens immeubles du mineur par autorité de justice : quelles formes faudra-t-il suivre? » Bouhier avoue qu'il y a sur ce point quelque contrariété d'avis entre les docteurs, mais il croit qu'ils peuvent être fort bien conciliés par une distinction que d'Argentré propose. « S'il est question de déterminer en général si l'on doit vendre les biens du mineur pour acquitter ses dettes, cela doit être traité par-devant le juge de son domicile; mais s'il ne s'agit que de vendre tel ou tel fonds, on y doit procéder par-devant le juge de la situation des biens, et, par conséquent, suivant la loi qui y domine. » Puis Bouhier ajoute : « S'il se présente quelque autre cas semblable, il doit être décidé par les *mêmes principes* (1). » Il serait bien difficile de préciser quels sont ces principes, si l'on s'en tient à ce que Bouhier vient de nous dire. En tout cas, la distinction qu'il emprunte à d'Argentré ne peut plus être admise sous l'empire du code civil, car l'article 457 veut que, dans tous les cas, le conseil de famille soit appelé à délibérer sur la nécessité absolue ou sur l'avantage évident qu'il peut y avoir à aliéner un bien du mineur; quant au juge, il n'intervient que pour homologuer la délibération du conseil. Il y a cependant un principe que l'on peut induire de la doctrine de ces anciens jurisconsultes, versés dans la matière des statuts; c'est que tout ce qui concerne l'incapacité du mineur, et l'intervention du tuteur, du subrogé tuteur, du conseil de famille et l'homologation du tribunal, dépend du statut personnel de l'incapable; ce sont là les formes dites *habilitantes*, parce qu'elles rendent le mineur *habile* à agir;

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXXII, n° 10 (Œuvres, t. Ier, p. 805).

mais quand il s'agit des formes dans lesquelles la vente doit se faire, on doit appliquer le statut réel, puisque la vente a pour objet de transmettre la propriété d'un immeuble, ce qui est décisif dans la doctrine traditionnelle. Ce que Bouhier dit de la vente s'applique naturellement au partage et à la licitation; ici l'analogie est certaine, car c'est toujours à raison de l'incapacité du mineur que le partage et la licitation se font d'après des formes particulières. Doit-on admettre ces principes dans notre droit français? J'ai examiné la question en traitant des incapables et des administrations qui les représentent (t. VI, nos 120-126).

70. Il y a des mineurs sous puissance paternelle. Leur applique-t-on les lois qui régissent les mineurs sous tutelle? Cela est très douteux, tout est controversé en cette matière, à raison du silence de la loi. Je renvoie à mes *Principes de droit civil* (1). Après la mort de l'un des père et mère, la tutelle s'ouvre, et le survivant est tuteur de droit. Tel est le système du code Napoléon (art. 390). Il n'en est pas de même dans le droit espagnol : le père survivant exerce la plénitude de la puissance paternelle, sans être contrôlé par un subrogé tuteur, ni par un conseil de famille. Quel est le statut qu'il faudra suivre pour la liquidation d'une succession si le père est Espagnol, et si les biens sont situés en Belgique? J'ai déjà rapporté la décision de la cour de Bruxelles (2), j'y dois revenir, parce que l'espèce présentait de grandes difficultés, et je ne sais si elles ont été décidées d'après les vrais principes. Il était constant que le père avait son domicile à Barcelone; il n'y avait qu'une enfant mineure; elle était donc également domiciliée en Espagne. Le père n'était pas tuteur, il n'y avait lieu ni à la nomination d'un subrogé tuteur ni à une autorisation du conseil de famille pour procéder au partage de la communauté et à la licitation des immeubles. C'était au père d'agir, conformément à la loi espagnole, qui formait le statut personnel du père ainsi que de la mineure. Cependant le conseil de famille,

(1) Voyez le 4e volume de mes *Principes*, p. 393, section II.
(2) Voyez plus haut, no 125 du tome VI.

assemblé à la requête du père agissant comme tel, et comme tuteur de son enfant, nomma un subrogé tuteur; puis deux délibérations du conseil, homologuées par le tribunal, ordonnèrent la licitation des immeubles. Le tribunal y mit pour condition que la part du prix revenant à la mineure resterait jusqu'à sa majorité affectée sur les immeubles vendus, ou serait versée à la caisse des consignations, pour n'en être retirée que conformément à la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 (art. 57). On procéda à la vente des immeubles, et la part de la mineure, s'élevant à 50,571 francs, fut déposée à ladite caisse.

Tout s'était fait d'accord avec le père; mais, par ses agissements, il était facile de se convaincre qu'il avait voulu mettre la main sur le prix de la vente; quand il vit que les deniers lui échappaient, il demanda la nullité de tout ce qui avait été fait. S'il n'y avait pas de tutelle, il ne pouvait y avoir ni subrogé tuteur, ni conseil de famille; les délibérations, y compris l'homologation du tribunal, étaient radicalement nulles. Le tribunal de première instance rejeta la demande en se fondant sur le consentement du père qui avait pris l'initiative de tout ce qui s'était fait, et avait par là renoncé à se prévaloir des lois de sa patrie. La raison est mauvaise; on ne renonce pas à la puissance paternelle, ni à sa loi nationale: les requêtes du père étaient donc nulles, aussi bien que tout ce qui s'en était suivi. Sur l'appel, la cour de Bruxelles décida que la renonciation du père était radicalement nulle, que par suite les délibérations du conseil de famille étaient infectées du même vice.

Quelle en était la conséquence logique? C'est que la vente aussi était nulle. Cependant la cour la maintint et décida que le père ne pouvait pas retirer de la caisse de consignation la somme qui y avait été déposée au nom de la mineure. Elle se fonde sur l'article 3 du code civil, aux termes duquel les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi territoriale; elle en conclut que ces immeubles, quand ils appartiennent à des mineurs, ne peuvent être vendus que suivant les

formes prescrites par la loi du 12 juin 1816, et qu'il appartient, en ce cas, au tribunal qui ordonne la vente, de veiller aux intérêts des mineurs et de prescrire d'office toutes les mesures propres à sauvegarder ses intérêts et à empêcher qu'ils ne soient lésés (1). La cour ne confond-elle pas deux dispositions essentiellement distinctes, le droit de vendre, et les formes de la vente? Quand les immeubles appartiennent par indivis à des incapables étrangers, et domiciliés à l'étranger, c'est leur loi nationale qui doit recevoir son application. Dans l'espèce, la succession s'était ouverte en Espagne, c'est la loi espagnole qui détermine les droits du père et les garanties de l'enfant mineur, ce n'est pas la loi belge de la situation. Si, d'après la loi espagnole, le père avait le droit de vendre, comme il le prétendait, le tribunal de Bruxelles n'avait aucune qualité pour autoriser la vente, et pour prescrire des conditions dans l'intérêt de la mineure; tout cela dépend du statut personnel. Quant au statut réel, il détermine seulement, dans la doctrine traditionnelle, les formes dans lesquelles le partage et, s'il y a lieu, la licitation doivent se faire, quand il y a des immeubles indivis appartenant à des mineurs; je reviendrai sur ce point. Je pense bien que les circonstances du fait auront influé sur la décision du juge. Le père ne présentait aucune garantie de solvabilité; l'intérêt de la mineure commandait donc de ne pas abandonner à la disposition du père les fonds qui constituaient toute sa fortune. Mais d'après la rigueur des principes, c'est le juge espagnol qui était seul compétent, pour prescrire des mesures de protection, puisque la succession s'était ouverte en Espagne et que la mineure y avait son domicile.

71. La solution serait la même si le mineur étranger et domicilié à l'étranger n'était plus sous puissance paternelle. Dans ce cas il y a lieu à tutelle. Qui est tuteur? Quels sont les pouvoirs du tuteur en ce qui concerne le partage et la licitation? Quelles sont les garanties de la mineure? Toutes ces questions dépendent du statut per-

(1) Bruxelles, 29 juillet 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 57).

sonnel, et doivent, par conséquent, être décidées par la loi étrangère. Comme la tutelle s'ouvre au domicile du dernier mourant des père et mère qui est aussi celui des mineurs, c'est à ce domicile qu'il y a lieu de pourvoir à la nomination du tuteur, ou d'organiser la protection que la loi nationale établit en faveur des incapables. Et c'est d'après les mêmes lois qu'on déterminera qui a droit de procéder au partage. Si, d'après la loi personnelle des mineurs, il y a lieu à un partage judiciaire, c'est le tribunal étranger qui seul sera compétent pour procéder au partage. Et s'il y a lieu à licitation, c'est ce même tribunal qui l'ordonnera. Quant aux formes de la vente, je renvoie à ce qui a été dit ci-dessus.

Si, comme je le suppose, les mineurs résident en France (ou en Belgique), les tribunaux français (ou belges) seront compétents pour prescrire des mesures de protection provisoire, en attendant qu'il soit pourvu à la tutelle ou aux autres mesures de protection organisées par la loi étrangère. Je renvoie à ce que j'ai dit sur les droits dont les étrangers jouissent soit en France, soit en Belgique (1).

72. Un Français meurt en Belgique, où il avait fixé son principal établissement; il laisse des enfants mineurs. Il y a diverses formalités prescrites dans l'intérêt des mineurs; on demande si elles doivent être remplies en Belgique ou en France. D'abord la tutelle s'ouvre; s'il existe un tuteur légal, il n'y a aucun doute; il faut voir si le Français s'est établi en Belgique sans esprit de retour, dans ce cas il a perdu sa qualité de Français et son statut national, sans acquérir, par le fait de son établissement, la qualité de Belge; il sera sans patrie; en sera-t-il de même de l'enfant mineur? Je laisse de côté les questions de nationalité, puisqu'elles ont été examinées dans le cours de ces Etudes (2). Supposons que le Français ait conservé sa nationalité, il sera pourvu à la tutelle d'après la loi française; dans l'espèce, il n'y a pas de conflit, le code civil étant encore en vigueur en Belgique; mais le conflit existerait s'il s'agissait d'un étranger dont la légis-

(1) Voyez le tome IV de ces Etudes, p. 108, n° 51.
(2) Voyez le tome III de ces Etudes, p. 174, chap. 1er.

lation diffère de la législation belge. La tutelle dépend du statut personnel, et ce statut, d'après le code civil, est déterminé par la nationalité du père, quand même il serait domicilié en Belgique. Voilà encore une question qu'il est inutile de discuter ici, puisqu'elle a été traitée ailleurs.

Le tuteur est désigné. Il doit accepter la succession. D'après le code civil, le tuteur ne peut accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille (art. 44); quand la succession sera acceptée, il faudra une nouvelle autorisation pour procéder au partage (art. 464). Ici nous entrons dans un nouvel ordre d'idées, où il ne s'agit plus de la nationalité; c'est le domicile qui détermine le lieu où la succession s'ouvre, et où s'ouvre aussi la tutelle, c'est à ce lieu que le conseil de famille doit être convoqué. Quel est le domicile du mineur dans l'espèce? La décision de la question dépend du point de savoir si le Français peut avoir un domicile en pays étranger. Quoiqu'il y ait controverse, la solution ne me paraît pas douteuse : le Français, comme tout étranger, peut avoir son principal établissement en Belgique; donc il y aura son domicile (C. Nap., art. 102) : je renvoie à ce qui a été dit ici même. Le conseil de famille sera donc formé en Belgique, et réuni au domicile du mineur, qui est celui du père prédécédé. S'il s'agissait d'un étranger régi par une législation différente, il y aurait lieu d'appliquer le statut national sur les questions qui concernent l'acceptation de la succession et le partage, car les pouvoirs du tuteur dépendent, non de la loi du domicile, mais de la loi nationale (1).

Viennent ensuite les formalités du partage, et, s'il y a lieu, de la licitation. Dans l'opinion commune, ces formalités dépendent de la loi territoriale, quand il s'agit d'immeubles, et de la loi personnelle, quand la succession est mobilière. Dans notre espèce, il y aurait donc lieu d'appliquer, pour toute la succession, la loi du 2 juin 1816, la

(1) Comparez le *Journal du droit international privé* de Clunet, 1879, p. 165.

succession immobilière étant soumise à cette loi, à raison de la situation des biens, et la succession mobilière à raison du domicile du défunt. Je fais mes réserves sur la question de principe, en renvoyant à ce qui a été dit ci-dessus (t. VI, nos 120-126).

73. S'il s'agit d'un mineur belge domicilié à l'étranger, les mêmes questions se présentent et la solution est la même. Tout ce qui tient au statut personnel dépend de la loi belge, si le mineur a conservé sa nationalité ; s'il l'a perdue, il sera régi par les lois de sa nouvelle patrie, ou s'il est sans patrie, par la loi territoriale. La tutelle s'étant ouverte à l'étranger, où le mineur est domicilié, c'est à ce domicile que le conseil de famille sera réuni pour délibérer sur l'acceptation de la succession et sur le partage. Si dans le pays où le mineur est établi, il n'y a pas d'institution analogue à notre conseil de famille, il faudra suivre la loi territoriale en tout ce qui concerne la protection du mineur; sa loi nationale étant inapplicable, on doit y suppléer par la loi du pays où le mineur est établi; la protection à laquelle les incapables ont droit doit être considérée partout comme une de ces lois de police qui, d'après le code civil, forment un statut réel; en effet elles tiennent au droit public; il en est ainsi d'après la Constitution belge, dont l'article 128 porte : « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens. » Cette disposition peut être considérée comme une règle du droit international, puisqu'elle est observée dans tous les pays civilisés.

Si le mineur belge, domicilié à l'étranger, est appelé à la succession de son père ou de tout autre parent, le statut personnel devra être combiné avec le statut du domicile et du territoire. La loi nationale le place sous tutelle, et détermine les pouvoirs du tuteur. Celui-ci ne pourra donc accepter la succession, ni procéder au partage qu'avec l'autorisation d'un conseil de famille, convoqué au domicile du mineur; et si l'organisation d'un conseil de famille est inconnue dans le pays où le mineur est établi, le tuteur devra se conformer à la loi territoriale, pour être

autorisé à accepter la succession et à procéder au partage. Les formalités du partage et de la licitation seront réglées à l'étranger par la loi territoriale, en ce qui concerne les immeubles et par la loi belge en ce qui concerne les meubles. Quant aux biens de la succession qui se trouveraient en Belgique, on appliquera la loi de 1816. C'est l'application du statut réel, généralement suivi. J'ai fait mes réserves d'avance (t. .VI, nos 120-126).

74. Les mineurs belges sont régulièrement domiciliés en Belgique, mais il arrive assez souvent qu'ils possèdent des biens dans les pays voisins, notamment dans les Pays-Bas. Il n'y a pas de difficultés, dans ce cas, quant au statut personnel, et à tout ce qui en dépend. C'est en Belgique que la tutelle s'ouvre; c'est la loi belge qui détermine les pouvoirs du tuteur; c'est au domicile du mineur que se réunit le conseil de famille, et c'est ce conseil qui autorisera le tuteur à accepter la succession, et à procéder au partage et à la licitation, s'il y a lieu. Peu importe qu'il y ait des immeubles situés à l'étranger. La tutelle et les pouvoirs du tuteur dépendent du statut personnel, donc de la loi belge. C'est aussi au domicile du mineur, partant en Belgique, que la succession s'ouvre (C. Nap., art. 110). Il suit de là que c'est le conseil de famille du domicile du mineur qui doit remplir toutes les formalités habilitantes, puisque ces formalités tiennent à l'état du mineur et à son incapacité et parmi les formalités habilitantes, il faut comprendre l'homologation du tribunal. Toutefois, sur ce point, il y a déjà controverse (t. VI, n° 126). Le doute augmente quand il s'agit des formes. La jurisprudence est incertaine. Je l'ai exposée ici même.

Je citerai encore un arrêt rendu par une cour des Pays-Bas, dans cette matière difficile, comme toutes celles qui tiennent à notre science. Un mineur belge recueille pour partie une succession ouverte dans les Pays-Bas et dont dépendent des immeubles situés dans ce pays. L'autorisation de vendre publiquement les immeubles est demandée au tribunal néerlandais de Goes, où la succession s'est ouverte, par les héritiers majeurs, auxquels se joint le curateur du mineur émancipé. Je ne sais à quel titre le

curateur est intervenu, c'est le mineur émancipé qui agit, assisté de son curateur. Le tribunal décida qu'il était incompétent pour connaître de la demande, le mineur ayant son domicile en Belgique, où le juge néerlandais n'a aucune juridiction. C'était une question de nationalité, plutôt que de domicile. Le mineur belge est régi par sa loi nationale, en tout ce qui concerne son état et sa capacité; mais de là ne suit pas que les juges belges soient toujours compétents. Dans l'espèce, la succession ne s'était pas ouverte en Belgique; les immeubles n'y étaient pas situés; les copartageants étaient domiciliés en pays étranger; il n'y avait donc aucune raison pour renvoyer devant les tribunaux belges. En appel, la décision a été réformée par la cour provinciale de la Zélande : « Considérant qu'il ne s'agit pas, dans la cause, de la vente d'un bien formant déjà partie du patrimoine propre d'un mineur, mais de la vente de biens indivis, comme provenant de succession, et non susceptibles de partage en nature; que le juge compétent pour donner ou refuser l'autorisation de vendre est donc celui sous la juridiction duquel s'est ouverte la succession dont s'agit, et où sont situés les biens à vendre, sans que la circonstance que parmi les intéressés se trouveraient des étrangers, et parmi eux un mineur, doive être prise en considération (1). »

Je ne comprends pas le premier motif. Celui qui demande le partage a accepté, donc il est définitivement propriétaire, et les biens se trouvent dans son domaine, peu importe qu'ils soient indivis. La seule question qui fût soumise à la cour était une question de compétence : quel tribunal était compétent pour autoriser le mineur à liciter, le juge néerlandais ou le juge belge? Dans l'espèce, je crois que la cour a bien jugé. C'était à elle d'ordonner la licitation; l'autorisation était un accessoire de la demande en partage et, à ce titre, de la compétence du juge territorial, le juge belge n'ayant qualité pour intervenir, ni à raison de l'ouverture de la succession, ni à raison de la situation des biens, ni à raison du domicile

(1) *Revue de droit international* de Rolin-Jaequemyns, t. IV, p. 658, n° 35 (article de M. Du Bois, avocat).

des parties. Autoriser un mineur, ce n'est pas empiéter sur la souveraineté du pays auquel le mineur appartient. Le juge qui accorde l'autorisation respecte, au contraire, la souveraineté belge, puisqu'il applique au mineur le statut belge.

II. *Les formes territoriales.*

75. J'entends par formes territoriales celles qui sont établies par la loi du lieu où les immeubles sont situés. Ces formes tiennent ou à la procédure ou à la rédaction des actes. La procédure qui se rattache à la juridiction contentieuse dépend du droit public. La loi du 25 mars 1876 consacre ce principe. Quand la succession s'ouvre en pays étranger, et que les biens sont situés en Belgique, l'action en partage est portée devant le juge de la situation, et par suite les formalités du partage sont réglées par la loi belge (art. 48), bien que la succession se soit ouverte à l'étranger. Si la succession s'ouvrait en Belgique, et que les immeubles fussent situés à l'étranger, il faut décider, par identité de motifs, que le partage et la licitation se feront d'après les lois de la situation; il est vrai que l'article 47 de la loi de 1876 porte que le juge du lieu de l'ouverture de la succession connaît des actions en partage; mais cela suppose que les biens sont situés en Belgique; car le code de procédure ne s'occupe que de la compétence des tribunaux belges, et ce qui la détermine, c'est la situation des immeubles, comme l'indique l'article 48, qui déclare les tribunaux belges compétents quand les biens sont situés en Belgique, quoique la succession se soit ouverte à l'étranger; en effet, l'article 48 s'en réfère à l'article 46, aux termes duquel, en matière immobilière, l'action est portée devant le juge de la situation de l'immeuble. Par identité de raison, le tribunal étranger est compétent quand les immeubles sont situés en pays étranger. C'est une question de souveraineté, et quand la souveraineté est réellement engagée dans le débat, comme elle l'est dans les partages et licitations judiciaires, le statut est réel.

ARTICLE IV. — DU PARTAGE D'ASCENDANT.

§ Ier. — *Caractère du partage d'ascendant.*

76. L'article 1075 du code Napoléon porte : « Les père et mère et autres ascendants pourront faire entre leurs enfants et descendants la distribution et le partage de leurs biens. » Cette disposition est placée au titre des *Donations et Testaments*. C'est donc un ascendant qui partage son patrimoine entre ses descendants par une donation entre-vifs ou testamentaire. Régulièrement le partage se fait par les parties intéressées, soit héritiers *ab intestat*, soit légataires; pourquoi la loi permet-elle aux ascendants de faire eux-mêmes le partage de leurs biens avant l'ouverture de leur hérédité? L'orateur du gouvernement répond, dans l'Exposé des motifs, que le but de ce partage exceptionnel est de prévenir les dissensions qui s'élèvent entre les enfants, quand il s'agit de partager l'hérédité. Bigot-Préameneu ajoute que personne mieux que les père et mère ne connaît la valeur, les avantages, les inconvénients que présentent les biens qu'ils délaissent; mieux que tout autre, ils pourront composer les lots, en tenant compte des besoins et même des prédilections de leurs enfants. Le partage d'ascendant a encore un autre avantage, c'est de prévenir les partages judiciaires, qui deviennent une nécessité lorsque les enfants ne s'entendent point, et qui malheureusement absorbent une grande partie de l'actif héréditaire (1). Ces dernières considérations ne sont que secondaires. Quant au but principal que le législateur a eu en vue, il est rarement atteint : les ascendants ne font pas toujours les partages avec l'esprit d'équité que le législateur leur suppose; ils abusent de la faculté que le code leur donne pour avantager indirectement un enfant chéri, aux dépens de ses frères et sœurs; de sorte que des actes destinés à maintenir la concorde entre les enfants deviennent une source

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs* du titre *Des Donations et testaments*, n° 76 (Locré, t. V, p. 335).

de divisions et de haines. Autant valait, à mon avis, maintenir l'ordre régulier des choses.

77. Quoi qu'il en soit, on voit, par les motifs tels que l'orateur du gouvernement les a exposés, quel est le caractère qui domine dans le partage d'ascendant : c'est une distribution de biens qui tient lieu de la répartition que d'ordinaire les enfants font eux-mêmes. Si l'on s'en tenait à cette considération, la question du statut serait résolue d'avance; le partage d'ascendant et le partage entre cohéritiers étant un seul et même acte, le statut, semble-t-il, doit être le même, et il paraît inutile d'entrer dans un nouveau débat sur des questions que je viens d'examiner. Mais le caractère du partage d'ascendant n'est pas aussi simple qu'on pourrait le croire d'après le texte et les motifs que je viens de transcrire. C'est un acte complexe qui réunit des caractères qui semblent se contredire; il n'y en a pas, dans toute la législation française, qui ait donné lieu à plus de controverses. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans ces débats. Je dois cependant noter les points principaux, pour déterminer ensuite la nature du statut qui régit cette matière.

D'après l'article 1075 du code civil, le partage d'ascendant est un acte de distribution. Mais l'article 1076 ajoute que le partage se fait par donation entre-vifs ou par testament, en observant les *formes*, les *conditions* et les *règles* prescrites pour les donations et les testaments. Or, les donations et les testaments sont des actes translatifs de propriété. Ainsi un seul et même acte est tout ensemble un acte distributif et, par suite, déclaratif de propriété, et un acte par lequel le donateur ou testateur transfère la propriété au donataire ou légataire. Il y a là deux éléments différents, contraires même, dont l'un semble exclure l'autre, et auxquels il faut cependant faire leur part, car ils coexistent. De là des controverses sans fin.

78. L'article 1076 veut que l'on applique au partage d'ascendant les dispositions du code concernant les *formes* des donations et des testaments. Voilà une différence importante entre le partage d'ascendant et le partage ordinaire; celui-ci n'est assujetti à aucune forme, tandis que

le partage d'ascendant est un acte solennel; il ne l'était pas dans l'ancien droit. Logiquement le partage d'ascendant ne peut se faire que par donation ou par testament. Quand il se fait entre-vifs, il contient une libéralité, le père donne à ses enfants des biens auxquels ceux-ci n'ont aucun droit, pas même éventuel, il les leur donne à titre gratuit, donc c'est une donation; mais c'est une donation d'une espèce tout à fait particulière. Les auteurs du code civil ne favorisent pas les donations; ils cherchent plutôt à les entraver, parce qu'elles font sortir les biens des familles pour les faire entrer dans des familles étrangères. Tel n'est pas le partage-donation de l'ascendant; il assure, au contraire, les biens aux enfants, déjà du vivant de leur père, puisque celui-ci se dépouille de ses biens irrévocablement, et ne peut pas même se réserver la disposition d'une partie de ses biens, s'il les comprend tous dans la donation. Voici une nouvelle contradiction. Les formes des donations ont été multipliées pour empêcher les libéralités que la loi voit avec défaveur; ce motif n'existait pas pour les partages-donations que le législateur favorise; il en résulte qu'un acte favorable est soumis à des formes introduites pour un contrat défavorable : nul en la forme, le partage-donation sera inexistant. Tel serait le partage que l'ascendant fait sous seing privé, et le partage qui ne serait pas accepté par les enfants donataires d'une manière expresse. Au lieu d'appliquer les principes généraux qui régissent les donations, le législateur aurait dû y déroger. Quant au partage fait par testament, c'est également un acte solennel; en apparence, le testateur ne donne rien aux enfants, puisque ceux-ci ne reçoivent que les biens qu'ils auraient reçus *ab intestat*, si leur père n'avait point testé; mais tout acte de dernière volonté est nécessairement un testament, quand il contient une disposition de biens; or, le père qui partage dispose en même temps; les enfants ne sont plus héritiers *ab intestat*, ils sont légataires. Je dois ajouter que toutes ces questions sont controversées. Je renvoie, pour la discussion des difficultés, à mes *Principes de droit civil* (t. XV).

79. Le partage d'ascendant exige-t-il le concours de

volonté des enfants? Quand le partage se fait par donation, l'affirmative n'est pas douteuse. La donation est un contrat, et elle ne cesse pas d'être un contrat quand elle contient un partage; il faut même plus que le simple consentement, puisque le partage-donation est un contrat solennel soumis aux formes des donations entre-vifs; donc l'acceptation doit être expresse, et si l'acceptation se fait par acte séparé, l'acte doit être authentique, et l'acceptation doit être notifiée au père donateur. Faut-il aussi que les enfants acceptent quand le partage se fait par testament? Nouvelle controverse. A mon avis, le partage fait par testament est nécessairement un legs, et il n'y a pas plus de légataire nécessaire, que de donataire ou d'héritier malgré eux. Dans l'espèce, les enfants ont deux qualités, ils sont légataires et réservataires, ils peuvent donc renoncer au legs qui leur est fait pour s'en tenir à la réserve. Considéré comme distribution de biens, le partage exige encore le consentement des enfants. La loi veut maintenir entre eux l'amitié et la concorde; et ce serait un singulier moyen de les unir que de leur imposer un partage que les uns acceptent, sans doute parce qu'ils y trouvent leur intérêt, et que les autres refusent parce qu'il leur est désavantageux. Tout partage implique un concours de volontés libres. Dès qu'il y a désaccord, le partage à l'amiable fait par le père ne se conçoit plus; c'est une impossibilité juridique.

80. Il y a un dernier caractère du partage d'ascendant qui joue un rôle dans la question du statut. C'est une libéralité entre-vifs ou testamentaire; or pour disposer et pour recevoir à titre gratuit, il faut avoir la capacité déterminée par la loi. Il y a cependant ici une nouvelle dérogation au droit commun. Les mineurs peuvent recevoir à titre gratuit; mais ils ne peuvent pas concourir à un partage volontaire, la loi veut que la justice y intervienne pour sauvegarder leurs intérêts. Cette règle du partage ordinaire n'est pas applicable au partage d'ascendant : la sollicitude et l'affection du père remplacent les formalités judiciaires, toujours plus frayeuses qu'un simple acte de donation, ou un testament.

§ II. — *Du statut.*

81. Le partage d'ascendant dépend-il du statut réel ou du statut personnel? On dit que notre science étant essentiellement traditionnelle, il faut toujours remonter à la tradition, en ce qui concerne la nature du statut. Le principe est incontestable. Seulement il faut tenir compte, d'une part, des incertitudes de la tradition, et d'autre part, des changements que le code a apportés à l'ancien droit. S'il était vrai, comme l'a dit la cour de cassation et comme Fœlix l'enseigne, que tout est réel en matière de succession, la longue étude à laquelle je me livre serait inutile, une ligne aurait suffi. On va voir que la chose n'est pas aussi simple ni aussi facile, quand on entre dans le détail de l'ancien droit, et que l'on essaye d'appliquer la tradition au code civil.

La cour de cassation ou le conseiller rapporteur invoque le témoignage de d'Argentré; en Belgique on pourrait citer Bourgoingne, l'un et l'autre de ces excellents jurisconsultes sont réalistes, ce que l'on ne devrait jamais oublier quand on recourt à la tradition. Notre légiste flamand constate un fait digne d'être noté. Les praticiens belges étaient si entêtés du réalisme des coutumes, qu'ils donnaient tout au statut réel : j'en ai parlé dans l'Introduction historique de ces Etudes (1). Cependant dans la question du partage d'ascendant, il y en avait qui se prononçaient, sans hésiter, pour la personnalité du statut; Bourgoingne ne dit pas quelles étaient leurs raisons, il se borne à remarquer qu'ils suivaient l'usage reçu plutôt que de consulter les principes. C'était donc une opinion qui régnait dans la pratique; la cour de Flandre la consacra; mais sur l'appel, le grand conseil de Malines réforma l'arrêt, et décida que le statut était réel. Dans l'espèce, il s'agissait de fiefs compris dans un partage, et situés dans des coutumes qui ne permettaient pas aux ascendants de partager leurs biens entre leurs enfants, et notamment

(1) Voyez le tome Ier de ces Etudes, nos 293 305.

les fiefs qui appartenaient à l'aîné par droit d'aînesse. Que le père puisse faire le partage des biens dont il a la libre disposition, cela se conçoit; mais il ne saurait avoir le droit de changer l'ordre des successions. Plus loin Bourgoingne ajoute que le partage d'ascendant est moins une donation qu'une distribution de biens; or cette distribution ne fait que liquider des droits préexistants, il est donc de l'essence du partage que les droits des copartageants soient respectés; or les successions se déféraient d'après les coutumes des lieux où les biens étaient situés; cela était décisif. Il y avait autant de successions différentes que de biens situés dans des coutumes diverses : le père devait respecter les coutumes et leur souveraineté (1). On voit en quel sens Bourgoingne déclare réel le statut du partage. Ce n'est pas la convention par laquelle on liquide des droits préexistants, qui est réelle, c'est l'attribution de ces droits par la coutume, c'est-à-dire la délation de l'hérédité. Les praticiens confondaient sans doute les deux ordres d'idées, et ils étendaient à l'ordre de succession ce qui n'était vrai que du fait matériel du partage. Je renvoie, sur cette confusion, à ce que j'ai dit ici-même sur la nature et l'objet du partage (2). En relevant cette confusion, Bourgoingne avouait implicitement que tout n'est point réel dans le partage d'ascendant.

82. La confusion, à ce qu'il paraît, était assez générale; les praticiens s'y trompaient. Froland dit, à sa façon : « Prenez bien garde de vous laisser tromper dans cette matière du partage et, pour cet effet, souvenez-vous de distinguer toujours entre la *capacité* des père et mère pour faire le partage, et les *biens* qu'il s'agit de partager entre leurs enfants : pour la capacité, l'on suit la coutume du *domicile*, et par rapport aux *biens*, on suit la coutume de leur *situation*. » Qu'est-ce que Froland entend par *biens?* Est-ce l'opération matérielle du partage? Non, je transcris ce qu'il dit : « Quand il s'agit de savoir si le partage peut être fait ou non, sans que les enfants aient lieu de s'en plaindre; s'il peut être fait *également* ou *iné-*

(1) Burgundus, *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, I, 49, et VI, 4.
(2) Voyez, plus haut, n° 14.

galement; si les pères ont dû laisser quelque *portion avantageuse* à *l'aîné*, ou à la *fille aînée*; s'ils ont dû ou non laisser la *légitime* aux autres enfants, et s'ils ont pu altérer en quelque façon cette légitime et l'entamer; concluez que tout cela regarde les *biens*, et conséquemment qu'il ne faut point se proposer d'autres règles que celles des *lieux* où ils sont *situés* (1). » Le père était naturellement lié par les coutumes en tout ce qui concernait l'attribution des biens, et notamment le privilége d'aînesse, la légitime ou la réserve. Dans l'ancien droit, la faculté de disposer à titre gratuit était encore plus restreinte qu'elle ne l'est aujourd'hui, le père ne pouvait faire, sous couleur de partage, ce que les coutumes prohibaient.

Boullenois enseigne aussi que le statut du partage d'ascendant est réel; il va nous dire comment il l'entend (2). Il n'y a pas de difficulté, dit-il, que la *manière de partager* une succession échue ne dépende des différentes dispositions des coutumes de la situation des biens; car la loi de chaque territoire régit ceux qui sont dans son ressort. Boullenois s'exprime mal en parlant de la *manière* de *partager*; cela pourrait s'appliquer à l'opération matérielle du partage qui est nécessaire pour liquider les droits préexistants des héritiers : le légiste français a en vue les droits mêmes que les héritiers tenaient de la coutume, et naturellement, dans le système de la réalité des successions, ces droits dépendent de la loi du lieu où les biens sont situés. Ce que Boullenois ajoute ne laisse aucun doute sur sa pensée. Le partage d'ascendant n'est qu'une exécution anticipée des *différentes lois* qui auraient *déféré la succession* si elle était échue; par conséquent cette *anticipation* est assujettie à ces *différentes lois*; en effet, il n'y a pas lieu de faire régir la succession anticipée par d'autres lois que celles qui la régiraient si elle était échue. Boullenois a raison de parler des *lois différentes* qui régissent les biens d'après leur situation en ce qui concerne la délation des successions; car dans le système de la réa-

(1) Froland, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, t. II, p. 1283-1285.
(2) *Dissertation sur les démissions de biens*, question VI, p. 90.

lité du statut des successions, il y a autant d'hérédités que de biens situés dans des coutumes diverses. Cela achève de démontrer que par le statut des *biens* Boullenois de même que Froland entendaient l'ordre des successions, ou, si l'on veut, le partage fait par la loi, et non le partage fait par l'homme; il peut y avoir diverses hérédités, mais il n'y a pas divers partages, le partage étant une convention unique par laquelle les héritiers liquident leurs droits quels qu'ils soient.

83. Qu'est-ce que Froland entend par la *capacité en* matière de partage d'ascendant? Il ne dit rien de la capacité de donner, les partages n'étant pas considérés comme des libéralités dans l'ancien droit. Mais certaines coutumes, tout en permettant aux père et mère de partager leurs biens entre leurs enfants, exigeaient, pour que le partage fût valable, que les parents eussent survécu un certain temps; le temps de la survie variait; dans la coutume du duché de Bourbonnais, il était de quarante jours; d'après la coutume de Bourgogne, il n'était que de vingt jours. Cette condition était-elle réelle, comme le partage? Non, on la considérait comme une condition de capacité, laquelle dépend du statut personnel. Froland paraît singulièrement embarrassé en abordant cette question. « Ne vous prévenez pas, dit-il à ses lecteurs; suspendez votre jugement, creusez la matière à fond, examinez-la de toutes parts, avec l'attention dont vous êtes capables; enfin oubliez pour le moment le respect et la déférence qu'on doit avoir pour les choses jugées; je puis bien vous assurer que vous ne vous déterminerez pas tout d'un coup, et que vous balancerez même à garantir la décision que votre esprit inquiet se sera formée (1). » Pourquoi cette inquiétude, et cette espèce d'anxiété à se décider sur une question de droit? C'est que le parlement de Paris s'était prononcé pour la personnalité du statut, tandis que le parlement de Normandie, d'après sa tendance habituelle, avait décidé que le statut était réel; or Froland, né dans la province de Normandie, avait été élevé dans le culte du

(1) Froland, *Mémoires*, t. II, p. 1261 et suiv.

droit normand ; il lui en coûtait de sacrifier la coutume de sa patrie à la coutume de Paris, pour mieux dire au parlement. Voilà pourquoi il met tant d'hésitation à opter pour la personnalité du statut. Dans le sens strict du mot, il y avait de quoi douter, car l'état et la capacité n'étaient pas en cause ; les coutumes qui exigeaient la survie pendant un certain délai voulaient s'assurer si la volonté du père était sérieuse, s'il maintenait le partage ; car dans l'ancien droit, il pouvait le révoquer. Voilà une nouvelle différence entre la tradition et le code civil. Aujourd'hui le partage entre-vifs est irrévocable, plus irrévocable même qu'une convention ordinaire ; en effet, le partage étant un acte à titre gratuit, on doit appliquer les principes spéciaux qui régissent l'irrévocabilité des donations, ce qui n'est guère logique ; car la maxime *Donner et retenir ne vaut* avait pour but d'entraver les libéralités, tandis que le code civil favorise les partages d'ascendant.

84. Nous ne sommes pas au bout des incertitudes de l'ancien droit et des différences qui existent entre le droit traditionnel et le code civil. Le président Bouhier, si porté pour la personnalité, n'hésite pas à déclarer réel le partage que les coutumes permettent aux père et mère de faire de leurs biens entre leurs enfants : ils sont obligés, dit-il, de se conformer à la disposition des coutumes où leurs biens sont situés. Puis il ajoute : c'est aussi l'avis de nos auteurs. Il cite Bourgoingne, Froland et Boullenois (1). C'est donc dans le sens de leur opinion, et avec les restrictions et distinctions qu'ils y apportent qu'il faut entendre la réalité du statut du partage.

Vient ensuite une question d'application. La nouvelle coutume de Bretagne permettait au père noble de partager les biens de son vivant entre ses enfants, mais elle exigeait une condition, l'avis de quatre de leurs parents, deux paternels et deux maternels. Cette disposition était-elle personnelle ou réelle ? Froland, qui avait proposé la difficulté, se détermine pour la réalité, parce que la coutume influait plus sur les biens et sur les parents que sur

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXX, n° 9, p. 791.

la personne du disposant. Bouhier dit qu'il a de la peine à prendre ce sentiment. Il écarte d'abord, et avec raison, l'influence des parents, parce qu'on ne les appelle que pour dire leur avis sur ce qu'ils croient le plus convenable aux enfants et à l'état de la famille. Il importe peu aussi que la coutume influe sur les biens, car tout statut personnel influe sur les biens, il faudrait donc dire que tous les statuts sont réels; pour qu'ils le soient, il faut qu'ils aient principalement en vue les biens. Or, tel n'est pas l'objet de la coutume de Bretagne. Elle a voulu rendre aux nobles une partie de la liberté que le droit commun donne à tous les pères et que l'ancienne coutume leur ôtait. Et y a-t-il rien qui regarde plus la personne que ce retour à la liberté naturelle (1)? Cela me paraît plus subtil que vrai. Si le retour à la liberté naturelle, quoique imparfait, suffit pour donner au statut le caractère de personnalité, à plus forte raison doit-on considérer comme personnel le statut qui concerne la liberté naturelle dans toute sa plénitude. Mais est-il bien vrai qu'il s'agit ici de la liberté et du droit commun? Le droit de partager ses biens entre ses héritiers, loin d'être une application du droit général, y déroge; c'est une exception au droit que les héritiers ont de faire eux-mêmes le partage de la succession à laquelle ils sont appelés. Il faut donc renverser la proposition de Bouhier. La défense de partager forme le droit commun; la faculté de faire le partage est une dérogation à la règle; si les coutumes l'ont introduite, ce n'est pas pour augmenter la liberté des père et mère, c'est par des considérations morales et économiques, qui, étant d'intérêt social, dépendent par cela même de la loi du lieu où le père a son domicile, pour mieux dire de sa loi nationale.

85. Je me suis longtemps arrêté à la tradition, en ce qui concerne le partage comme je l'ai fait pour le partage entre héritiers, parce que la tradition nous offre bien des enseignements. Rien n'est moins connu que l'ancien droit français; un décret récent vient d'en prescrire l'enseigne-

(1) Froland, *Mémoires*, t. II, p. 1285; Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVIII, nos 95-97, p. 778 et suiv.

ment dans les facultés de droit. Dans nos universités, on donne quelques maigres leçons d'Introduction historique aux élèves de la première année; on peut hardiment affirmer que notre ancien droit est à peu près ignoré. Quant aux origines du droit civil international, l'ignorance et l'incertitude sont plus grandes encore. L'Introduction de ces Etudes est, je crois, le premier essai d'histoire; chaque partie de notre science devrait avoir la sienne, le droit international privé n'étant encore que de l'histoire. En droit français, les textes se réduisent à un seul article du code civil, qui ne fait que renvoyer à la tradition, de sorte que c'est le droit traditionnel qui est notre droit. Mais cette tradition peut-elle encore être appliquée sous l'empire de notre législation nouvelle? Le droit a été codifié, c'est l'élément traditionnel qui y domine, parfois trop; mais on aurait tort de croire que notre code civil ne fait que reproduire l'ancien droit. Que l'on compare ce que je viens de dire du partage d'ascendant avec le chapitre du code Napoléon sur cette matière, on se convaincra qu'il ne reste rien du droit traditionnel que le mot, l'institution a été entièrement modifiée; cependant je m'en suis tenu à l'écorce des choses. Que serait-ce si je pénétrais dans les détails!

Il faut donc y regarder à deux fois avant d'affirmer que tel point est de tradition. Si l'on prononce, en termes généraux, que tout, en matière de succession, est réel, même la capacité, il est certain que l'on se trompe. Cela a été dit cependant dans un excellent rapport fait à la cour de cassation, parce que cela se trouve dans d'Argentré. En apparence on pourrait dire la même chose du partage d'ascendant; tous les anciens statutaires déclarent qu'il est réel. Et un de nos auteurs modernes a répété cette proposition, sans la motiver, sans rien dire de l'ancien droit (1). Les auteurs que je viens de citer apportent tous une restriction à cette affirmation trop générale; ils exceptent les règles concernant la capacité, qu'ils rapportent au statut personnel; et parmi ces règles ils comprennent

(1) Brocher, *Nouveau Traité de droit international privé*, p. 270, n° 100.

des conditions que les anciennes coutumes mettaient à la faculté de partager les biens. Il n'est donc pas exact de dire que tout, en matière de succession, est réel, même la capacité.

Viennent ensuite les formes. Sur ce point, le code civil a innové, en faisant à tort, du partage d'ascendant, un acte solennel. De là une nouvelle difficulté, et elle est grande : quelle influence la solennité exerce-t-elle sur le statut du partage? Je renvoie à ce que j'ai dit ici même dans mon Etude sur les formes, en matière de succession (n°s 13-19).

Quant au fond, le partage entre-vifs est un contrat, le partage par acte de dernière volonté est un testament. Peut-on dire du partage, en tant qu'il est une manifestation de volonté, qu'il dépend entièrement du statut réel? Il y a un élément dont la réalité est incontestable. Le partage d'ascendant est un acte complexe, tout ensemble distributif et translatif de propriété, mais c'est l'idée de partage qui y domine; l'acte a pour objet essentiel de partager les biens du père entre ses enfants, il n'entend pas faire un acte de disposition, il liquide des droits préexistants. Quels sont ces droits? et de qui les enfants les tiennent-ils? Ici il est vrai de dire que le partage est réel, comme la succession l'est, en tant que la loi ou la coutume défère les biens dans un certain ordre. C'est le partage de droit. Dans le droit traditionnel, il dépend de la loi de la situation en ce qui concerne les immeubles; cela est certain, l'article 3 du code Napoléon est formel, il ne fait que renvoyer à la tradition, et celle-ci est décidément réelle en ce qui concerne la délation des biens *ab intestat* : or, le partage d'ascendant, en tant que partage de droit, est basé sur l'ordre de successions *ab intestat*. Mais cet article ne parle que des immeubles : que faut-il dire de la succession mobilière? Ici les doutes commencent. On admet assez généralement que la succession mobilière dépend du statut de la personne : est-ce le statut du domicile, ou est-ce le statut national? Je me suis prononcé pour le dernier statut, et j'y reviendrai encore pour défendre mon opinion contre les objections

très sérieuses qui ont été faites par un jeune auteur, M. Barde.

Il y a autre chose dans le partage d'ascendant que l'œuvre de la loi, il y a aussi l'œuvre de l'homme, l'opération matérielle de la distribution des biens. C'est même là le premier objet du partage; il ne faut pas l'oublier, le père fait ce que régulièrement les enfants devraient faire afin de maintenir entre eux la paix et l'union. Ce n'est cependant pas une loi qu'il leur impose, ce qui serait un mauvais moyen de les unir dans une concorde fraternelle. Les enfants sont appelés à consentir au partage; quand il se fait entre-vifs, cela est d'évidence, puisque la donation est un contrat; il en est de même du partage-testament, puisque le légataire peut répudier le legs. Nous sommes donc en présence d'une manifestation de volonté; or n'est-il pas de l'essence de la volonté humaine d'étendre son empire partout, sans tenir compte de la situation des biens? Toujours avec cette restriction que le père et ses enfants doivent respecter le partage de droit fait par la loi; du reste ils sont libres de distribuer les biens comme ils l'entendent, et ce qu'ils veulent sera une loi pour les copartagés, loi indépendante de la situation des biens : je renvoie à ce que j'ai dit du partage *ab intestat*, les deux partages sont identiques sous ce rapport (nos 14-17).

SECTION VI. — Des administrateurs.

§ Ier. — *Nature du statut.*

86. Les administrateurs jouent un grand rôle en droit civil international, notamment dans la matière des successions. En cas d'absence, toutes les règles concernent les mandataires que la loi et le juge appellent à administrer les biens de l'absent, avec des pouvoirs plus ou moins étendus, selon les diverses périodes de l'absence. Dans la succession proprement dite, les mandataires chargés d'administrer l'hérédité interviennent également. D'abord pendant l'indivision, si elle se prolonge, il doit y avoir des

administrateurs, tous les héritiers ne pouvant pas concourir aux actes journaliers de gestion. Viennent ensuite les héritiers mandataires et administrateurs, ce sont ceux qui acceptent sous bénéfice d'inventaire; ils gèrent dans l'intérêt des créanciers dont, en ce sens, ils sont les mandataires. Il y a des héritiers, et en assez grand nombre, qui doivent accepter sous bénéfice d'inventaire, ce sont les mineurs et interdits : leurs tuteurs sont, dans ce cas, administrateurs de l'hérédité, dans l'intérêt des incapables plutôt que des créanciers, puisque l'acceptation bénéficiaire, étant forcée, n'implique pas une succession en déconfiture. Enfin il se peut qu'il n'y ait point d'héritiers connus, ou que les héritiers aient renoncé; si dans ce cas il ne se présente personne pour réclamer la succession, la loi la déclare vacante et veille à ce qu'il soit nommé un curateur aux biens.

Dans la succession testamentaire, il peut aussi y avoir des mandataires avec des pouvoirs plus ou moins étendus, ce sont les exécuteurs testamentaires; les pouvoirs que le code civil leur donne sont très limités; la jurisprudence a essayé de les étendre en dépassant la loi. Peut-être le législateur devra-t-il intervenir pour régler cette matière, et celle des administrateurs, en général.

Les dispositions du code supposent que le pouvoir des mandataires s'exerce dans les limites de la France ; même ainsi limitée, la loi est très défectueuse, notamment en ce qui concerne l'administration des héritiers bénéficiaires et des curateurs. La lacune est bien plus grande dans les cas où l'administration comprend des biens situés dans divers pays soumis à des lois diverses. La tradition est muette, elle s'est formée à une époque où les peuples vivaient plus ou moins isolés. Cet isolement a été brisé de nos jours par les merveilleuses inventions de la science; les hommes appartenant à des pays différents se rapprochent tous les jours davantage; les relations commerciales se multiplient dans des proportions dont jadis on ne pouvait avoir aucune idée. De nouveaux intérêts demandent les lois nouvelles.

87. Toutes les nations sont devenues commerçantes, et

le commerce est le lien des peuples. Parmi les nations modernes, il y en a une dont les relations commerciales font la grandeur et la puissance ; c'est par le commerce que l'Angleterre est devenue un empire dont les possessions embrassent toutes les parties du monde. Le commerçant anglais qui vient à mourir dans une colonie ou dans un pays étranger laisse régulièrement une succession mobilière dont les éléments sont répandus non seulement dans la mère-patrie, mais dans tous les continents. Qui administrera cette succession où il y a partout des créances à recouvrer, des dettes à payer, des valeurs à distribuer ? Il ne s'agit plus d'une succession insolvable ou présumée telle, comme le code Napoléon le suppose, quand la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou quand elle est vacante. La succession peut être riche ; dans tous les cas, il faut administrer un patrimoine qui est éparpillé dans des pays différents et régis par des lois diverses. Comment cette administration sera-t-elle organisée ? Y aura-t-il un seul administrateur nommé au lieu où la succession s'est ouverte ? ou y aura-t-il autant d'administrateurs locaux qu'il y a de biens dans des pays différents ? S'il n'y en a qu'un, comment agira-t-il dans les pays étrangers et même dans la mère-patrie et dans ses établissements coloniaux ? Ses pouvoirs y seront-ils reconnus ? Et s'ils ne le sont pas, que deviendra le patrimoine dont l'administration lui est confiée ? S'il fait des actes en pays étranger, quelle sera la valeur de ces actes ? D'ordinaire il y aura des administrateurs locaux chargés de veiller aux intérêts des créanciers. Mais comment concilier les intérêts des créanciers locaux avec ceux des autres créanciers ?

Quoique les biens soient répandus dans des pays différents, ils ne forment qu'un seul patrimoine : comment établir l'unité entre ces administrations locales ? Ces questions et mille autres difficultés se sont présentées en Angleterre et aux Etats-Unis ; elles ont donné lieu à une jurisprudence encore très indécise, mais dont l'importance augmente journellement. Les légistes s'en sont occupés ; le chapitre des *Administrateurs étrangers* est un des plus longs de l'ouvrage de Story sur le conflit des lois ;

Wharton, Field, Phillimore ont marché sur ses traces. Ce sera un jour une des branches les plus considérables de notre science. Les administrateurs seront les vrais agents internationaux. Peut-être leur donnera-t-on un caractère public comme aux consuls; ce sera le meilleur moyen de prévenir les abus; ils n'ont pas manqué en France dans l'administration si restreinte des curateurs aux successions vacantes : que sera-ce d'une gestion qui peut embrasser toutes les parties du monde?

Ces questions occupent une très petite place dans mes Etudes, consacrées avant tout au droit français; et en France, de même que sur tout notre continent, les difficultés que je viens de signaler n'ont pas encore surgi; je n'en trouve aucune trace dans les recueils de jurisprudence, et les auteurs n'en parlent pas. Il y aurait même peu d'utilité à faire connaître les décisions portées par les cours d'Angleterre et des Etats-Unis; l'organisation et surtout les pouvoirs des tribunaux dans les Etats anglo-saxons diffèrent essentiellement de notre législation. Nous ne connaissons pas des cours d'équité, ni des tribunaux qui jugent en équité, et qui, par cela même, ont un moyen de résoudre les difficultés et de combler les lacunes que présente la *common-law*, moyen qui manque à nos juges, soumis strictement à la loi, et ne pouvant jamais la dépasser. A vrai dire, la *common-law* n'est autre chose que la jurisprudence qui fait littéralement la loi, tandis que nos tribunaux sont les esclaves de la loi; les justiciables se sont si mal trouvés de l'équité des parlements que personne ne songe à la rétablir; et je doute que l'équité anglo-américaine vaille mieux. De bonnes lois offrent aux citoyens des garanties que le pouvoir arbitraire, sous le nom d'équité, ne saurait leur donner. Quant aux rapports internationaux, la lacune que je viens de signaler ne pourra être comblée que par la diplomatie. Malheureusement nous sommes encore loin du jour où les diplomates sauront qu'il y a un droit civil international qui demande leur concours, afin de réaliser entre tous les peuples la communauté de droit dans les relations d'intérêt privé. Si l'on commençait au moins par exiger des futurs diplo-

mates une étude un peu plus sérieuse du droit que celle qu'ils font maintenant !

88. Nous allons assister à l'humble origine de ce pouvoir nouveau dont je viens de signaler l'avénement. Il s'agit de savoir quelle est la nature du statut qui régit le pouvoir des administrateurs : est-il personnel ou réel? Un des anciens statutaires, Paul Voet, est le seul, je crois, qui ait touché cette question. Le légiste hollandais est réaliste *mordicus*, comme dit J. Voet, son fils; on s'attendrait donc à le voir donner tout à la réalité dans une matière qui concerne l'administration des biens; cependant il distingue et il accorde une place à la personnalité. Il y a, dit-il, des administrateurs ou mandataires qui sont nommés à la personne, il y en a d'autres qui sont constitués pour les biens. Nous avons rencontré les premiers en traitant des incapables. La loi dit des tuteurs qu'ils représentent leur pupille dans tous les actes juridiques; les curateurs des mineurs émancipés les assistent personnellement; il en est de même des conseils judiciaires qui assistent les prodigues et les personnes faibles d'esprit. On peut encore ranger dans cette catégorie les curateurs au ventre, ils sont nommés à la personne, quoiqu'ils aient aussi pour mission de sauvegarder les intérêts pécuniaires des héritiers. En matière de succession, les administrateurs sont établis pour la gestion des biens : tels sont les envoyés en possession des biens d'un absent; leur titre seul indique que leur mission est d'administrer les biens. Il est vrai que le tuteur administre aussi les biens du mineur, mais c'est à cause de l'incapacité du pupille qu'il le représente, tandis que les absents ne sont pas des incapables, leur vie et leur mort sont douteuses, et leurs biens sont à l'abandon; il importe de veiller à ce qu'ils soient administrés. Les mineurs émancipés sont assistés par un curateur, comme jadis les mineurs non émancipés étaient autorisés par le tuteur, ce qui prouve que l'administrateur intervient pour couvrir l'incapacité du mineur. Il en est de même du conseil judiciaire, il prête également son assistance à des incapables; les faibles d'esprit, par le nom même qu'on leur donne, révèlent l'incapacité native

qui les frappe; et la prodigalité était jadis assimilée à la folie. Il y a encore des administrateurs qui jouent un grand rôle, ce sont les syndics ou curateurs des faillites; ils n'ont rien de commun avec la personne du failli, que nos lois ne rangent pas parmi les incapables : je les laisse de côté, parce que le droit commercial reste en dehors de mes Etudes, qui deviennent déjà trop volumineuses quoiqu'elles soient restreintes au droit civil. Il y a, en droit français, un administrateur des biens, le plus usuel de tous, c'est le mari; il administre les biens de la femme à peu près sous tous les régimes; son pouvoir a ceci de particulier qu'il a sa source dans la jouissance que le contrat de mariage lui donne des biens de sa femme; étant usufruitier, il est naturel qu'il soit administrateur. Je le laisse en dehors de l'Etude actuelle, parce que ses pouvoirs découlent d'un contrat, et les contrats ne dépendent pas des statuts, ils forment eux-mêmes une loi particulière, œuvre des parties intéressées. C'est le cas d'appliquer le principe que Dumoulin a fait prévaloir : la loi que les parties se font en contractant étend son empire partout, sans qu'il y ait à distinguer la situation des biens.

J'arrive à la distinction des statuts qui résulte de la théorie de Paul Voet : le pouvoir des administrateurs qui sont nommés à la personne s'étend partout, quelle que soit la situation des biens, car ce n'est pas aux biens qu'ils sont nommés, c'est à la personne, à raison de son incapacité; or, les mineurs et les autres incapables, étant incapables partout, doivent jouir partout de la protection que la loi leur accorde; il faut donc que le pouvoir des administrateurs s'étende sur les biens situés en pays étrangers. Le tuteur a mission d'agir partout où le mineur a des intérêts à sauvegarder; les curateurs et conseils judiciaires doivent leur assistance à l'incapable partout où celui-ci agit; et il va sans dire que l'incapable qui a des biens en pays étranger peut les administrer et en disposer sans distinguer quelle est leur situation, car le propriétaire est propriétaire partout, sauf à se faire assister ou autoriser, s'il y a lieu, pour couvrir son incapacité.

Il n'en est pas de même, dit Voet, des administrateurs

qui sont nommés aux biens. Leur pouvoir se renferme strictement dans le territoire, parce que la loi du territoire est limitée aux biens qui le composent; le législateur d'un pays n'a pas le droit de gouverner les biens situés dans un autre pays. C'est le cas d'appliquer l'adage que toute coutume est réelle. Peu importe que l'administrateur tienne ses droits de la loi ou du juge; la justice est territoriale aussi bien que la souveraineté dont elle est l'organe (1). Ainsi l'héritier bénéficiaire jouit de son bénéfice en vertu de la loi, et le curateur à une succession vacante est nommé par le tribunal; l'un et l'autre ont cependant des droits analogues; le texte du code civil le dit (art. 814); il y a donc même raison de décider, en ce qui concerne l'étendue de leur pouvoir, lorsqu'il y a des biens situés hors du territoire où ils sont autorisés à agir.

89. Les auteurs modernes suivent généralement la théorie traditionnelle; Rocco, que j'ai souvent cité dans ces Etudes, a reproduit la distinction de Voet, ce qui lui donne une grande autorité, et Massé l'a suivie à la lettre en l'appliquant à la faillite (2). Cette application rend toute la théorie douteuse, car la jurisprudence tend à donner aux syndics ou agents une autorité extraterritoriale : les agences différentes que l'on nomme dans le cours d'une seule et même faillite ne servent qu'à une chose, à multiplier les frais, soi-disant pour sauvegarder les droits des créanciers, et, en réalité, pour enrichir les hommes de loi. Rocco est tout entier dans les idées des vieux statutaires; dès qu'il s'agit d'immeubles, de leur administration ou de leur disposition, la loi territoriale a un pouvoir absolu, et par cela même elle est limitée aux biens du territoire. Ce serait une usurpation de souveraineté si la loi du territoire exerçait une autorité quelconque sur un autre territoire : chaque loi est maîtresse chez elle, mais, hors de son pays, elle est sans pouvoir aucun (3).

C'est le vieux réalisme. Un jurisconsulte italien,

(1) Paul Voet, *De statutis eorumque concursu*, 9, 2. 18.
(2) Massé, *Le Droit commercial*, t. Ier, p. 444, n° 547 (2e édit.).
(3) Rocco, *Delle leggi delle due Sicilie*, p. 437, suiv.

M. Fiore, qui a répudié la doctrine traditionnelle jusque dans son langage, en refusant de se servir des termes de statut réel et de statut personnel, combat l'opinion de Voet reproduite par Rocco ; d'après lui, l'administrateur chargé d'administrer un patrimoine a le droit de faire partout les actes nécessaires, sans qu'il y ait à s'enquérir s'il est établi pour la personne ou pour les biens. Qu'importe le motif pour lequel la loi ou le juge nomme un administrateur? que ce soit pour incapacité de la personne dont il doit administrer le patrimoine, ou pour tout autre intérêt privé ou public? Toujours est-il que l'administrateur est chargé d'administrer des biens dans l'intérêt de la personne à laquelle ils appartiennent, ou dans l'intérêt des tiers qui ont un droit contre la personne, donc dans un intérêt privé, quoique cet intérêt se lie toujours à l'intérêt public, car la société et ses membres sont inséparables. Les biens, comme tels, ne sont donc pas l'objet direct de la loi ; cela suffit pour que le statut soit étranger à la loi de la situation (1).

90. On peut ajouter d'autres considérations à l'appui de la personnalité du statut. Je continue à me servir de la vieille terminologie, parce que notre science est toujours la vieille science. Le code italien lui-même, tout en innovant, est resté sur le terrain du droit traditionnel en disposant que les biens immeubles sont soumis à la loi du lieu de leur situation (art. 7 des *Dispositions générales*). Je ne vois pas ce que l'on gagne en n'appelant pas réel un statut qui a toujours été qualifié de réel. Ici est la véritable difficulté. Le code Napoléon et le code d'Italie sont d'accord pour décider que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi territoriale. Qu'est-ce qui autorise l'interprète à faire exception à cette règle quand il s'agit du pouvoir des administrateurs? Les juristes italiens peuvent invoquer l'esprit du nouveau code, et surtout la grande innovation consacrée par l'article 10 des Dispositions générales, qui soumet les successions à la loi nationale du défunt. Mais le code français

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 245, n° 177.

est resté attaché à la tradition; dès qu'il s'agit de dispositions concernant les immeubles, le statut est réel.

Seulement les interprètes modernes ne doivent pas être plus réalistes qu'on ne l'était dans l'ancien droit. Voet lui-même admet une distinction, selon que l'administrateur est donné à la personne ou aux biens. Ne faut-il pas aller plus loin et voir quelle est la mission des administrateurs? Ce sont des mandataires qui représentent soit l'absent, soit les tiers intéressés, tels que créanciers et légataires. Or, n'est-il pas de l'essence du mandat de donner au mandataire le pouvoir de le représenter partout dans la limite de son mandat? Quand le mandat est conventionnel, cela est d'évidence. N'en doit-il pas être de même du mandat donné par la loi ou par les tribunaux? Le mandat ne change pas de nature, selon qu'il est donné par le maître, par le juge ou par le législateur; quand le juge le constitue, il le fait au nom du maître, non comme exerçant le pouvoir judiciaire, car il n'y a point de procès; le juge fait ce que ferait le maître s'il pouvait agir. Il en est de même de la loi. Peut-on dire, après cela, que ce serait usurper la puissance souveraine que de donner effet au mandat hors du territoire de la loi ou hors de la juridiction du tribunal? La souveraineté est hors de cause; c'est le mandant, le maître qui est censé agir; est-ce que le maître n'a pas plein pouvoir d'administrer sa chose, et d'en disposer comme il l'entend? Les administrateurs n'ont pas, en général, ce pouvoir de disposition; ils ont seulement le droit de faire des actes d'administration : est-ce que le fait de recevoir le payement des créances, ou de poursuivre les débiteurs en justice, touche à la puissance souveraine de l'Etat où il s'exerce? Il y a des administrateurs, notamment en matière de succession, dont on ne peut pas même dire qu'ils administrent; ils liquident au nom des parties intéressées ; celles-ci ne pouvant agir ensemble, la loi ou le juge nomme un mandataire qui agit en leur nom; parfois ce sont elles-mêmes qui le nomment; il en est ainsi en cas d'indivision: les héritiers donnent mandat à l'un d'eux ou à un tiers de les représenter, pour administrer ou pour liquider. C'est le mandat ordinaire.

Le testateur nomme l'exécuteur testamentaire sans aucune intervention de la justice ni de la loi, sauf que la loi lui donne le droit de nommer un exécuteur et détermine les pouvoirs que le testateur peut lui conférer. L'héritier bénéficiaire ne reçoit aucune nomination, il agit en vertu d'un bénéfice général que la loi accorde aux successibles. Restent les envoyés en possession des biens d'un absent qui tiennent leur mandat du juge; l'absent lui-même a le droit de constituer un mandataire au moment où il quitte son domicile; ce mandataire le représente tant qu'il n'y a pas d'incertitude sur sa vie; quand cette incertitude existe, les héritiers présomptifs peuvent demander et ils obtiennent l'administration de préférence; la personne du mandataire change, mais le mandat est toujours identique; qu'il soit conventionnel ou judiciaire, pas plus dans un cas que dans l'autre, on ne peut dire qu'il empiète sur la souveraineté du pays où le mandataire représente l'absent. Il y a des conflits, par suite de la différence de législations; mais ces conflits sont étrangers à la question que je discute pour le moment. Enfin, le curateur à la succession vacante est encore un mandataire nommé par le tribunal : est-il de l'essence de ce mandat qu'il soit constitué par le juge? en d'autres termes, est-ce un acte de souveraineté ou de juridiction? Non, on pourrait très bien laisser aux personnes intéressées, créanciers et débiteurs, le droit de nommer un administrateur; si la loi veut que le juge intervienne, c'est pour simplifier les choses. En définitive, nous ne trouvons dans aucun de ces mandats judiciaires ou légaux un caractère public, ni une action qui usurpe le pouvoir souverain.

La seule objection que l'on puisse faire contre cette théorie, c'est la tradition. Si elle était constante, il faudrait l'accepter. La seule autorité que l'on cite, c'est le témoignage de Paul Voet, à l'avis duquel se sont rangés Rocco et Massé. On peut invoquer encore ce que je vais dire du droit anglais, traditionnel par excellence, mais il faut aussi ajouter féodal. Est-ce bien cette tradition-là que le code Napoléon a consacrée? Non certes. Toutefois je n'oserais pas décider que la tradition française ne soit

pas celle que Voet a constatée. Si je combats l'opinion de Rocco et de Massé, c'est que le seul auteur qu'ils citent appartient à une école qui ne représente pas la tradition française; celle-ci a un penchant décidé pour la personnalité des statuts. J'ai établi ce fait dans l'Introduction historique de ces Etudes, et il est considérable. C'est à cette tendance que je me rattache, en avouant que la question ne reçoit pas de solution certaine.

91. Les Anglo-Américains se sont prononcés pour la réalité du statut. Story commence par rapporter les opinions de lord Kames et d'Erskine. Ils ne sont pas d'accord. Le lord écossais distingue entre l'exécuteur testamentaire et l'administrateur d'une succession *ab intestat*. Si le testateur a nommé un exécuteur pour ses meubles, celui-ci a pouvoir dans le monde entier, et, par suite, son droit sera reconnu en Ecosse. Cela paraît assez logique et en harmonie avec la distinction traditionnelle des meubles et des immeubles. Le testateur dispose de ses meubles comme il l'entend, tout dépend de sa volonté, sa volonté doit donc faire loi partout. Mais l'administrateur d'une succession *ab intestat* tient ses pouvoirs du juge, ce pouvoir est strictement territorial; il n'est pas admis en Ecosse, à moins que le pouvoir de l'administrateur étranger n'ait été confirmé par le juge écossais, ce qui équivaut à une nomination nouvelle. Erskine rejette cette distinction, il étend le principe de territorialité à tous les administrateurs; c'est le réalisme féodal en plein. Il n'y a pas même à distinguer entre la succession mobilière et la succession immobilière; aucun administrateur ne peut exercer ses fonctions en Ecosse que s'il est nommé ou confirmé par le juge compétent. Peu importe encore que le juge n'exerce, dans ce cas, qu'une juridiction volontaire, toute juridiction est territoriale. Un administrateur, quel qu'il soit, ne peut ester en jugement s'il ne tient pas son pouvoir d'un juge du territoire; et les tiers ne peuvent pas agir contre lui; il ne pourrait pas même recevoir un payement, les débiteurs ne pourraient payer entre ses mains; tout ce qu'il ferait est nul, pour mieux dire, inexistant, car l'administrateur étranger est sans droit aucun, c'est

un premier venu, sans qualité pour faire un acte juridique quelconque (1).

Story abonde dans ces idées. L'administrateur n'a de pouvoir que dans le pays où il a été nommé, en vertu de la loi qui régit le territoire. A la rigueur, il est sans qualité aucune en pays étranger; si on veut bien reconnaître son pouvoir, c'est *ex comitate;* lisez parce que l'Etat où il est reconnu y est intéressé, car c'est le seul moyen pour que les administrateurs qui sont nommés par ses tribunaux soient confirmés ailleurs. Du reste, tout dépend du bon vouloir de l'Etat où l'administrateur étranger est reconnu; comme l'Etat ne le reconnaît que par intérêt, il peut ne pas le reconnaître, si son intérêt ou celui de ses naturels s'y oppose; il peut, à plus forte raison, limiter ses pouvoirs en subordonnant tout à l'intérêt national (2). Si l'on prenait ce langage au pied de la lettre, ce serait l'égoïsme dans toute sa crudité. Je dirai plus loin que les Anglo-Américains ne l'entendent pas ainsi; ils cherchent à concilier les intérêts des naturels du pays avec les intérêts des étrangers; de sorte que la *comitas* aboutit à réaliser le règne du droit entre les peuples. Je préfère la *justice* à la *courtoisie*. La justice oblige, tandis que la courtoisie abandonne tout à l'arbitraire du juge, et cet arbitraire, s'il est parfois équitable, peut aussi être inique; tel était du moins le cri de la conscience publique en France, où les parlements décidaient aussi au nom de l'équité : « Dieu nous délivre, disait-on, de l'équité des parlements! »

§ II. — *Des envoyés en possession des biens d'un absent.*

92. Quel est le statut qui régit l'absence? La question est controversée; à mon avis, elle ne reçoit pas de solution absolue, il n'y a rien d'absolu en droit; notre science n'a pas affaire à des chiffres, elle ne manie pas des formules. Le droit est une face de la vie, et rien n'est plus

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 644, § 511, et p 646, § 513.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 645, n° 512.

varié, plus mobile, plus changeant que les manifestations de ce mystère que l'on appelle la vie. Il faut donc laisser là les principes abstraits, comme je l'ai dit ici même, en traitant de l'*absence*, et considérer la nature de chaque fait juridique.

Les auteurs du code civil, en organisant l'absence, n'ont eu en vue que les intérêts que l'absent peut avoir en France; ils ne se sont pas préoccupés du conflit de la loi française avec les lois étrangères, et l'ancien droit ne nous fournit pas de précédents, que je sache. L'absent peut avoir des biens dans divers pays; cela était rare jadis, cela devient de plus en plus fréquent dans les temps modernes. Les administrateurs qui sont nommés par le juge étendront-ils leur pouvoir sur tous les biens, ou y aura-t-il autant d'administrations particulières qu'il y a de biens situés dans des pays différents? Nous ne trouvons pas de réponse à ces questions dans le code civil. Je vais entrer dans quelques détails, on verra qu'il faut se décider d'après les circonstances.

93. L'article 112 du code Napoléon porte : « S'il y a *nécessité* de pourvoir à l'administration de *tout* ou *partie* des biens laissés par une *personne présumée absente* et qui n'a point de procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de première instance. » Quel est ce tribunal? La loi ne le dit pas. L'absent peut avoir des biens situés dans le ressort de divers tribunaux; est-ce le tribunal de la situation des biens qui doit prescrire les mesures nécessaires, ou est-ce le tribunal du domicile de l'absent? Le code civil ne décide pas la difficulté; elle avait cependant été prévue au conseil d'Etat, et elle avait reçu une solution très juste. Le tribunal du domicile déclarerait s'il y a présomption d'absence, et après ce jugement, chaque tribunal réglerait l'administration des biens situés dans son ressort (1). Rien de plus logique. C'est au lieu de son domicile, c'est-à-dire là où il a son principal établissement, que l'absent est connu; c'est là qu'il a ses relations, et que l'on saura les motifs de son absence et du silence qu'il

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 173, n° 136.

garde ; tandis qu'il peut être et sera souvent inconnu là où sont situés des biens à lui appartenant. Le tribunal compétent pour décider s'il y a présomption d'absence est donc celui du domicile. S'agit-il, au contraire, de prendre des mesures pour l'administration des biens, c'est le tribunal du lieu où les biens sont situés qui sera seul compétent pour en apprécier la nécessité. Ce système avait été adopté au conseil d'Etat; on ne sait comment il se fait qu'il n'en reste pas de traces dans le code civil. Il faudrait le généraliser, et l'étendre au cas où les biens de l'absent sont situés dans des Etats différents. Mais ici il y a une difficulté. La décision d'un tribunal français ne lie point les tribunaux étrangers; elle n'est pas même exécutoire hors de France. Une convention internationale pourrait seule donner une autorité générale au jugement par lequel le tribunal du domicile aurait déclaré qu'il y a présomption d'absence. Sur le vu de ce jugement, les divers tribunaux étrangers et français prescriraient les mesures nécessaires. Une entente entre les divers pays serait encore nécessaire pour savoir s'il faut nommer un administrateur ou curateur pour l'administration de tout le patrimoine de l'absent, ou si des mesures isolées et locales suffisent pour sauvegarder ses intérêts. Le tribunal du domicile ne peut pas savoir ce qui se passe dans un pays étranger. Une fois la diplomatie mise en mouvement, il serait bien facile de trancher toutes les difficultés qui se présentent sur le pouvoir de l'administrateur, et, en général, sur le conflit des lois.

Dans le silence de la loi et des traités, que faudra-t-il décider? Tous les tribunaux dans le ressort desquels l'absent a des biens sont compétents pour prescrire les mesures de protection que commande la nécessité, sans qu'il y ait à distinguer entre les tribunaux étrangers et les tribunaux indigènes. L'étranger a partout droit à la protection des lois, pour ses biens comme pour sa personne; notre Constitution en a une disposition formelle (art. 128), et tel est aussi le droit de tous les pays civilisés; en ce sens, c'est une règle de droit international. Ces décisions seront isolées, aussi longtemps qu'il n'y

aura pas d'entente diplomatique, et naturellement les juges de chaque pays appliqueront la loi territoriale. Nous aboutissons à cette conséquence qui semble contraire au principe que j'ai soutenu en cette matière, à savoir que le statut de l'administration est personnel (nos 89-90). Et voici un cas où je le déclare réel. Dans mon système, il n'y a pas contradiction ; car tout en me prononçant pour la personnalité du statut, j'ai ajouté qu'il n'y avait pas de principe absolu en cette matière, et que la solution dépendait des circonstances. Or dans la première période de l'absence, il n'y a encore à prendre que des mesures *nécessaires* et *locales ;* cela nous conduit forcément au statut réel.

94. Les mesures changent de nature dans la seconde période de l'absence ; elles prennent un caractère de généralité qui implique la nécessité d'appliquer le statut personnel. Je commence par exposer les principes du code Napoléon. La seconde période s'ouvre par une déclaration d'absence ; elle a lieu régulièrement quand une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que depuis quatre ans on n'en aura pas eu de nouvelles ; les héritiers présomptifs peuvent demander, dans ce cas, que l'absence soit déclarée (art. 115). Le tribunal ordonne généralement une enquête sur les causes de l'absence, et du long silence que l'absent garde, sans rien prescrire en ce qui concerne l'administration de ses biens (art. 116). L'article 117 ajoute : « Le tribunal, en statuant sur la demande, aura égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'individu présumé absent. »

Quel est le tribunal compétent pour déclarer l'absence ? On admet que c'est le tribunal du domicile, quoique la loi ne le dise pas. J'en ai déjà dit la raison (n° 45). C'est là où l'absent était établi que l'on saura pourquoi il a quitté le pays, et pourquoi il a cessé de donner de ses nouvelles. Si l'absent a des biens situés ailleurs qu'au lieu de son domicile, et notamment en pays étranger, il serait difficile au juge territorial de décider s'il y a lieu ou non de déclarer l'absence. Il suit de là que le jugement qui déclare

l'absence devrait avoir effet partout. On suit ce principe quand le jugement a pour objet l'état de la personne ; il y a même motif de décider, lorsqu'il s'agit de déclarer l'absence. Non pas que l'absence concerne l'état de l'absent, mais parce que le juge du domicile est seul compétent pour décider s'il y a incertitude sur la vie et la mort de l'absent, comme il est seul compétent pour apprécier l'état intellectuel d'une personne dont on demande l'interdiction pour cause de démence habituelle, ou la mise sous conseil pour prodigalité ou faiblesse d'esprit. Si un tribunal français déclare l'absence d'un Français, et si l'absent possède des biens en Belgique, est-ce que le tribunal de la situation des biens aura une compétence égale à celle du juge national de l'absent? Il ouvrira une enquête : que diront ceux qui seront appelés à donner des renseignements sur la personne qui a quitté son domicile? Qu'ils ne la connaissent point, et que naturellement ils ne savent rien des causes de son absence ni des motifs pour lesquels l'absent ne donne pas de ses nouvelles. Ainsi le tribunal prendra une décision sur des faits qu'il ignore; qu'il déclare ou non l'absence, il risquera toujours de se tromper. Le bon sens ne dit-il pas qu'il doit tenir pour vrai ce qui a été décidé par le juge qui est sur les lieux où il est possible d'apprendre ce qui s'est passé?

95. Aux termes de l'article 120 du code Napoléon, les héritiers présomptifs de l'absent peuvent, en vertu du jugement qui a déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles. L'article 125 dit que l'administration provisoire n'est qu'un dépôt, qui donnera à ceux qui l'obtiennent l'administration des biens de l'absent. Pourquoi la loi confère-elle l'administration des biens de l'absent à ses héritiers présomptifs? Bigot-Préameneu, l'orateur du gouvernement, répond : « On avait à décider entre les mains de qui les biens devaient être remis. Comme il y a incertitude de la vie, le droit des héritiers, sans être certain, devient plus probable; et puisque les biens doivent passer en d'autres mains que celles du propriétaire, les *héritiers* se présentent

avec un *titre naturel de préférence*. Personne ne peut avoir plus d'*intérêt* à la *conservation* et à la *bonne administration* de ces biens que ceux qui en *profiteront* si l'absent ne revient pas (1). » Ainsi les héritiers sont appelés en leur qualité d'héritiers, et à raison de l'intérêt probable qu'ils ont à ce que les biens de l'absent soient conservés et bien administrés.

Dans ce système, l'administration des héritiers comprend nécessairement tous les biens de l'absent, qu'ils soient situés en pays étranger ou en France, peu importe. Leur titre est universel, donc leur droit doit s'étendre sur tous les biens de l'absent. La raison est d'accord avec le droit. Il est probable que l'absent est mort, les probabilités de vie diminuent tous les jours, et celles de mort augmentent; en ce sens, on peut dire avec les interprètes du code civil, que l'envoi en possession est une ouverture provisoire de l'hérédité. Cela est évident dans le système du code des Pays-Bas, qui a consacré le système allemand : l'absent est déclaré mort, et par suite sa succession s'ouvre; or les héritiers sont tels partout; le droit d'aubaine, qui jadis souillait toutes les législations de l'Europe, a été aboli. Reconnus partout comme héritiers, il est naturel qu'ils le soient aussi comme envoyés en possession. La seule objection que l'on peut faire, c'est qu'en cas d'absence, le titre des héritiers repose sur un jugement; or, les décisions judiciaires n'ont point d'effet hors de leur territoire. L'objection implique que les jugements n'ont jamais effet en pays étranger, sauf quand ils ont été rendus exécutoires. Cela n'est pas exact; je viens de rappeler les jugements qui concernent l'état; ils ont effet partout. Pourquoi n'en serait-il pas de même des jugements qui donnent mandat aux héritiers d'administrer, alors qu'il est plus que probable que les héritiers administrent leur propre patrimoine? Si, en principe, les jugements n'ont aucun effet en pays étranger, c'est qu'ils sont un exercice de la juridiction contentieuse, c'est-à-dire, un acte de souveraineté. Mais un simple mandat d'administrer n'a rien de

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 20 (Locré, t. II, p. 253).

commun avec la puissance souveraine; et dès que la souveraineté n'est pas en cause, il n'y a plus lieu d'invoquer la règle qui répute les coutumes réelles, c'est-à-dire souveraines. Cela me paraît décisif, même au point de vue de la tradition.

96. L'envoi définitif augmente le pouvoir des envoyés; ils sont considérés comme propriétaires à l'égard des tiers; à l'égard de l'absent, ils restent simples administrateurs (art. 129 et 132). L'intérêt des tiers et l'intérêt de la société l'exigent. Pendant l'envoi provisoire, les biens de l'absent sont hors du commerce; les envoyés ne peuvent pas les aliéner; ils ne peuvent pas même les hypothéquer, sauf en remplissant les conditions et les formes prescrites pour les mineurs en vertu de notre nouvelle loi hypothécaire. Cette situation change-t-elle la situation des envoyés en possession et par suite le statut qui les régit? La question paraît étrange, car il s'agit toujours des mêmes personnes; les héritiers continuent à administrer, seulement leurs pouvoirs sont plus étendus. Mais le droit d'aliéner qui leur est accordé ne modifie-t-il pas radicalement la mission qu'ils avaient jusque-là? Ils étaient simples dépositaires, maintenant ils sont réellement héritiers; mais comme on ne peut être héritier d'une personne vivante, ils sont tenus à restituer les biens qu'ils détiennent, si l'absent revient. Les dispositions du code sont en ce sens : tant que les envoyés n'étaient qu'administrateurs, ils devaient caution; après l'envoi définitif, les cautions sont déchargées. Pendant l'envoi provisoire, les biens de l'absent restaient indivis, maintenant ils sont partagés, ce qui implique que la succession est ouverte; la loi considère les envoyés comme héritiers; donc on doit leur appliquer le statut qui régit les successions, et dans la doctrine traditionnelle consacrée par le code civil (art. 3), ce statut est réel. Donc le partage dont parle l'article 129 se fera d'après les lois qui régissent les immeubles situés dans les divers pays. Lors de l'envoi provisoire on ne tient compte que d'une chose, quels sont les héritiers présomptifs de l'absent, d'après la loi du lieu où l'absence est déclarée; il s'agit seulement de trouver des administrateurs

qui gèrent avec soin les biens de l'absent; ce sont ses parents les plus proches. Lors de l'envoi définitif, ce sont les héritiers de l'absent qui partagent ses biens. Or, dans le système du code, il y a autant de successions que de biens situés dans des pays différents : c'est la réalité qui domine. La loi ne dit pas, en parlant de l'envoi provisoire, qu'il y aura autant d'administrations distinctes que de biens régis par des lois distinctes. Tout ce que l'on pourrait admettre, c'est que les héritiers étrangers obtiendront l'envoi concurremment avec les héritiers nationaux; il y aurait, dans ce cas, un mélange de personnalité et de réalité. Ces distinctions paraîtront étranges, à force d'être subtiles. Mais dès qu'il y a conflit de lois diverses, il se présente nécessairement des faits juridiques complexes qui nécessitent des distinctions et qui entraînent des anomalies. Toujours est-il que le statut réel doit recevoir son application, dès que le droit d'hérédité est en cause.

§ III. — *Des successions indivises.*

97. Il peut y avoir des administrateurs pendant l'indivision. Qui les nomme? Quelle est l'étendue de leur pouvoir? Quel est le statut qui les régit, quand leur administration embrasse des biens situés dans des pays différents? Le code Napoléon ne prévoit pas ces difficultés; il faut donc recourir aux principes généraux pour les décider. Si les héritiers sont d'accord pour nommer un administrateur et pour déterminer ses droits, il n'y a plus de question. Ce sont des copropriétaires qui constituent un mandataire, dans un intérêt commun, on applique les principes qui régissent le mandat. Il n'y a pas de doute non plus sur le statut qui régit l'administration; tout dépendant de la volonté des héritiers, il n'y a pas lieu d'appliquer la théorie des statuts; on se trouve dans le cas prévu par l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites. » La loi que les parties contractantes se font n'est pas un statut, elle dépend de leur autonomie. Seulement l'autonomie ressemble au

statut personnel quant à ses effets, en ce sens que la volonté des parties s'étend à tous les biens quelle que soit leur situation, de même que le statut personnel est le même dans tous les pays où la personne réside et où elle a des biens, quand il s'agit de son état et de sa capacité. Dans l'espèce, la chose est d'évidence. L'administrateur nommé par les héritiers est un mandataire conventionnel, il agit au nom des mandants qu'il représente : ce sont les héritiers qui administrent leurs biens comme ils l'entendent, et leur droit est illimité, c'est le droit des propriétaires. Ils peuvent donner à l'administrateur le pouvoir d'aliéner les biens qui dépendent de l'hérédité, quelle que soit leur situation. Le code civil le suppose; tout ce qu'il exige, c'est que le mandat soit exprès, s'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété (art. 1988). Il est vrai que le code ne prévoit pas le cas où le mandat a pour objet des biens situés dans des pays différents; mais qu'importe? la volonté du propriétaire suffit, puisque la propriété lui donne le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue (art. 544). Il est inutile d'insister, car cela n'a jamais été contesté. Je renvoie à ce que j'ai dit des administrateurs des biens appartenant à des incapables, tels que tuteurs, curateurs (nos 88-90).

98. Si les héritiers ne s'entendent pas, le tribunal peut-il nommer un administrateur sur la demande de tous les communistes ou de quelques-uns d'entre eux? On enseigne, en termes généraux, que le tribunal peut nommer un administrateur provisoire de l'hérédité indivise, et la jurisprudence paraît se prononcer en ce sens (1). Cela me paraît très douteux. Les tribunaux n'ont pas le droit d'intervenir dans l'exercice du droit de propriété; la question ne peut pas même être posée quand il s'agit de la propriété exclusive; or quand il y a plusieurs héritiers, ils ont aussi un droit exclusif; seulement ils doivent s'entendre pour agir de commun accord. S'ils ne s'entendent pas, il ne leur reste qu'à demander le partage, pour mettre fin à

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. X, p. 256, no 225.

l'indivision. Si le tribunal nommait un administrateur malgré quelques-uns des héritiers, il violerait le droit de propriété.

Il n'y a qu'un cas dans lequel le juge peut intervenir, c'est quand les héritiers ne sont pas tous sur les lieux. Il est de tradition, dans ce cas, que le tribunal nomme un administrateur en chambre du conseil. C'est un acte de juridiction volontaire, pour lequel il faudrait un texte; il y a lacune dans le code, la jurisprudence l'a comblée par nécessité. Reste à savoir si l'on peut appliquer à l'administrateur judiciaire ce que je viens de dire du mandataire conventionnel (n° 99): son pouvoir s'étend-il sur les biens situés à l'étranger? En théorie, on peut dire que le mandat ne change pas de nature pour être donné en justice, et que la souveraineté étant hors de cause, on doit reconnaître l'administrateur partout où il y a des biens dépendants de la succession. Mais cette doctrine se concilie-t-elle avec la tradition? J'ai exposé les incertitudes du droit traditionnel ici-même (n° 90). A mon avis, le jugement, dans l'espèce, doit avoir effet partout, sans qu'il y ait lieu de le déclarer exécutoire. L'administrateur, quoique nommé par le juge, agit au nom des héritiers qu'il représente; ce sont donc les héritiers qui administrent leurs biens et qui en disposent, et ils en ont le droit. S'il y en a qui s'opposent à la gestion de l'administrateur, il n'ont qu'à demander le partage, pour y mettre fin. S'ils gardent le silence, ils approuvent, de sorte que le mandat n'est judiciaire qu'en apparence, il dépend en réalité du consentement des parties intéressées. Cela me paraît décisif.

99. Le droit anglo-américain part d'un autre principe. Wharton dit que le souverain est considéré comme le gardien de toutes les propriétés qui se trouvent dans les limites de son territoire; il les protége contre l'invasion étrangère; il doit aussi veiller à ce que la jouissance en soit assurée au vrai maître. De là suit que si le propriétaire actuel vient à décéder, c'est à la loi du lieu où les biens sont situés, d'intervenir dans tout ce qui concerne, soit la dévolution du patrimoine aux héritiers du défunt,

soit dans l'administration pendant l'indivision de l'hérédité (1). Ce droit de *garde* n'est-il pas un débris de la suzeraineté féodale? Le roi est encore aujourd'hui le suzerain et quant aux personnes et quant aux biens; il n'y a que peu d'années que le lien du vasselage a été rompu; mais la propriété est toujours une tenure. La conséquence de cette notion de la propriété est que tout est réel, même le pouvoir d'un simple mandataire. Du reste, l'administrateur de la succession tient son pouvoir de la justice; c'est la cour qui le nomme, c'est sous sa surveillance qu'il agit, c'est à la cour qu'il rend ses comptes,

Ces idées sont complètement étrangères au droit français; le système féodal a été détruit par la révolution jusque dans ses dernières racines. Il n'y a donc rien de commun entre le droit anglo-américain et le code Napoléon. C'est la raison pour laquelle je ne m'arrête pas au droit anglais en cette matière; les conséquences du principe nous sont aussi étrangères que le principe même. Il n'est cependant pas sans intérêt de voir comment la *common-law* organise la protection que le roi doit à la propriété. Elle s'étend à tous les biens, meubles et immeubles. Il faut dire plus; le pouvoir des administrateurs a surtout pour objet les meubles, car les meubles supportent les dettes, avant qu'on s'adresse aux immeubles; et le droit des administrateurs d'une hérédité est un pouvoir de liquidation plutôt que d'administration proprement dite. C'est le réalisme le plus absolu, n'admettant pas même la distinction des meubles et des immeubles.

L'administration est conférée par la cour du lieu où le défunt avait son domicile. Que fera l'administrateur s'il y a des effets mobiliers hors du territoire où il a le droit d'agir? Son pouvoir est strictement limité au pays où il l'a reçu, il ne s'étend pas à d'autres pays, quand même ce seraient des colonies anglaises; l'Ecosse même et l'Irlande sont considérées comme des pays étrangers à l'égard de l'Angleterre. L'administrateur tenant son droit d'une loi territoriale est absolument sans droit dans un

(1) Wharton, *Conflict of laws*, § 605, p. 446.

autre territoire, il faut qu'il y obtienne de nouveaux pouvoirs de la cour locale. Est-ce à dire que ces administrations diverses, à raison de la situation des biens, ne forment qu'une seule et même régie ? Non, les administrations étant distinctes, l'administrateur, quoiqu'il soit le même, agit en une autre qualité, ce qui fait qu'il y a en lui plusieurs personnes : ce que l'une de ces personnes fait ne regarde pas l'autre, ce qui est jugé avec l'une ne profite pas à l'autre et ne lui nuit pas. Il y a cependant un lien entre ces administrations; celle qui a été instituée au domicile du défunt, là où s'ouvre la succession, est l'administration principale; les autres ne sont qu'accessoires (*ancillary*). En quoi consiste ce lien de dépendance? Que peut faire l'administrateur en Angleterre, par exemple, en vertu du pouvoir local qui lui a été conféré par la justice? Si l'on appliquait le principe territorial à la lettre, il faudrait déclarer les diverses administrations locales indépendantes de l'administration domiciliaire (c'est l'expression anglaise). Le suzerain doit protection à ses vassaux, il ne s'inquiète pas des vassaux d'un autre suzerain; il y a plus, quand même il posséderait plusieurs fiefs, ce sont des souverainetés distinctes, et dans chacune d'elles le suzerain doit une protection exclusive à ses vassaux.

Au moyen âge, cette barbarie eût été très logique, car l'étranger était un ennemi. Quoique féodale par sa tradition, l'Angleterre est cosmopolite par son commerce, et si la féodalité divise les peuples et les individus, le commerce les unit. La *common-law* cherche à concilier les droits et les intérêts des sujets anglais avec ceux des étrangers. Quand la succession est solvable, il n'y a aucun inconvénient à ce que les biens mobiliers qui se trouvent en Angleterre soient employés à payer les créanciers anglais, cela ne cause aucun préjudice aux créanciers du domicile, puisque tous reçoivent un payement intégral. Mais quand la succession est insolvable, on ne peut plus isoler les diverses administrations, sans léser des intérêts légitimes. L'administration locale d'Angleterre s'emparera-t-elle des biens qui s'y trouvent pour payer les créanciers anglais, ceux-ci recevront tout ce qui leur est dû,

tandis que les créanciers étrangers seront en perte. Transmettra-t-on toutes les valeurs mobilières à l'administration *domiciliaire*, on forcera les créanciers anglais à se déplacer, ou à faire valoir leurs droits dans un pays lointain, sans qu'ils puissent compter que les frais qu'ils sont obligés de faire seront compensés par le bénéfice qui en résultera. Comme il s'agit de liquider une seule et même hérédité, les droits de tous les intéressés doivent être sauvegardés à titre égal; et pour cela il n'y a qu'un moyen, c'est que tous les créanciers soient payés par contribution; ce qui aboutit à l'unité d'administration; seulement comme le roi doit protection à ses sujets, il faudrait dire, le suzerain et ses vassaux, les administrations locales payeront aux créanciers locaux le dividende auquel ils ont droit sur les biens mobiliers qui se trouvent sur les lieux.

J'emprunte ces considérations à un excellent rapport, fait par le Chief Justice Parker de l'État de Massachusetts (1). Il y a bien d'autres difficultés qui se présentent dans le conflit d'intérêts que fait naître la division des administrations; je renvoie le lecteur aux ouvrages de Story, de Wharton et de Westlake; pour ne pas donner une étendue démesurée à ces Etudes, j'ai dû les limiter au droit français, en me bornant à de simples comparaisons en ce qui concerne le droit étranger, et surtout le droit anglais qui, dans la matière des successions, diffère radicalement de notre droit.

§ IV. — *De l'administration bénéficiaire.*

100. L'héritier bénéficiaire est aussi un administrateur, et par conséquent un mandataire; mais à la différence des administrateurs dont je viens de parler, il ne reçoit pas son mandat de la justice; quant à la loi, elle n'intervient que par le bénéfice qu'elle a établi au profit des héritiers; elle ne confère pas un mandat; au successible qui accepte sous bénéfice d'inventaire, c'est l'hé-

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 647, note 2. Wharton, *Conflict of laws*, §§ 620-622, p. 452 et suiv. Westlake, *Private international law* (2e édit., 1880), p. 108, suiv., §§ 95-117.

ritier lui-même qui, usant du droit que la loi lui donne, fait sa déclaration au greffe. Restent les créanciers et légataires; on enseigne généralement que l'héritier bénéficiaire administre dans leur intérêt, et par conséquent comme leur mandataire. Toutefois la question est controversée. Dans l'opinion contraire, on dit : « L'héritier bénéficiaire est avant tout héritier, c'est-à-dire le représentant du défunt, saisi comme tel de la propriété et de la possession de l'hérédité; étant propriétaire, il administre dans son propre intérêt; il n'a pas besoin d'un mandat pour faire ce qu'il a le droit de faire (1). » Il y a du vrai dans cette opinion, mais elle est trop absolue. L'héritier bénéficiaire administre un patrimoine qui est censé être le gage exclusif des créanciers du défunt. De là la *charge*, c'est-à-dire l'obligation d'administrer que la loi lui impose (art. 803). Est-ce que l'héritier, en sa qualité de propriétaire, est *obligé* d'administrer? La question n'a point de sens. C'est donc parce que l'héritier est bénéficiaire, qu'il est chargé d'administrer dans l'intérêt des créanciers et légataires. Voilà pourquoi la loi lui permet de leur abandonner les biens et avec les biens l'administration : le mandataire renonce au mandat, et rend sa gestion aux mandants. C'est donc pour les créanciers que l'héritier bénéficiaire administre. Toutefois son mandat a un caractère spécial; l'héritier administre aussi dans son intérêt, voilà pourquoi il n'est tenu que des fautes graves dans la gestion dont il est chargé. En définitive l'héritier est tout ensemble propriétaire et mandataire; comme propriétaire, il est le représentant du défunt; comme mandataire, il représente les créanciers et légataires.

101. Cette double qualité détermine aussi le statut de l'héritier bénéficiaire. En tant qu'il est héritier, la loi l'assimile aux autres héritiers; il prend sa part dans les biens comme s'il était héritier pur et simple; cette part est déterminée, quant aux immeubles, par la loi de leur situation, et quant aux meubles, par la loi du domicile du défunt. Comme mandataire, son obligation procède de sa

(1) Liége, 10 juillet 1844 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 214). Dans le même sens, Demolombe, t. XV, n° 228 et les autorités qu'il cite.

volonté ; car il est libre d'accepter sous bénéfice d'inventaire, ou purement et simplement ; en acceptant sous bénéfice d'inventaire, il s'oblige à administrer les biens, dans l'intérêt des créanciers et légataires ; ceux-ci peuvent exiger qu'il donne caution (art. 807) ; et ils devraient avoir le droit de demander sa révocation s'il gère mal ; si on leur refuse ce droit, c'est qu'il y a une lacune dans le code civil ; il n'y a point de chapitre plus mal fait que celui du bénéfice d'inventaire.

La conséquence de ce principe est que l'administration bénéficiaire est régie par la loi du mandat, ou, si l'on veut, de toute manifestation de volonté ; l'héritier est administrateur partout, quelle que soit la situation des biens. Ainsi il est tenu de fournir caution, même dans les pays où la loi ne lui impose pas cette obligation. On ne peut pas objecter que la loi du lieu où la succession s'ouvre n'a aucune autorité sur les biens situés dans un autre territoire ; car ce n'est pas en vertu de la loi que l'héritier est mandataire, c'est en vertu de sa volonté, et cette volonté a effet partout. Il n'y a qu'une exception : le statut personnel cède devant le statut territorial, quand celui-ci concerne l'intérêt général ou les droits de la société. Si la loi du lieu où les biens sont situés défendait le bénéfice d'inventaire, comme le faisaient plusieurs de nos anciennes coutumes, l'héritier ne pourrait pas s'y prévaloir de son bénéfice, il y serait propriétaire et non administrateur. Les lois qui prohibent le bénéfice d'inventaire ont pour objet l'intérêt des tiers créanciers, donc un intérêt général ; elles ont encore pour but de sauvegarder l'honneur de la famille, et tout ce qui tient à la conservation de la solidarité des familles tient à l'intérêt de la société ; partant, la loi prohibitive l'emportera sur le bénéfice qui est une faveur contraire au droit commun. L'héritier ne jouissant pas du bénéfice d'inventaire là où les lois le prohibent, il va sans dire qu'il n'y sera pas administrateur ; il y sera héritier pur et simple, c'est-à-dire propriétaire ayant le pouvoir de disposer librement, mais aussi tenu des dettes et charges *ultrà vires*. Voilà une des singularités qui résultent de la réalité du statut des successions : c'est que le même

successible est à la fois héritier pur et simple et héritier bénéficiaire : ici administrateur, là propriétaire : ici tenu des dettes jusqu'à concurrence de son émolument, là tenu *ultrà vires*. La conséquence témoigne contre le principe d'où elle découle.

102. Quand on entre dans les détails de l'administration bénéficiaire, on n'y trouve rien de *réel*. C'est une liquidation plus qu'une administration : est-ce que liquider les droits des créanciers, payer les dettes et les legs, est un acte qui relève de la souveraineté, comme on doit le dire dans la théorie traditionnelle des statuts? On compare parfois l'administration de l'héritier bénéficiaire à celle du tuteur; c'est à tort. Le tuteur n'a pas pour mission de vendre les biens de son pupille, il doit les conserver, au contraire, et les augmenter, en économisant les revenus; tandis que l'héritier bénéficiaire est chargé de payer les créanciers et les légataires; c'est en vue de cette liquidation qu'il doit réaliser l'avoir de la succession; il fait ce que les créanciers ont le droit d'exiger en vertu des obligations contractées par le défunt; or, tous ces faits juridiques dépendent de lois personnelles. D'autres interprètes comparent l'héritier bénéficiaire aux envoyés en possession des biens d'un absent. La comparaison cloche. Les envoyés, dit le code, ne sont que des dépositaires chargés de conserver le patrimoine de l'absent (art. 125); l'héritier bénéficiaire liquide une succession dont le passif d'ordinaire dépasse l'actif. Il y a une certaine analogie entre l'héritier bénéficiaire et le curateur à une succession vacante; celle-ci est aussi le plus souvent insolvable; les créanciers font nommer un curateur qui est leur mandataire; de même, l'héritier est le mandataire des créanciers et légataires, ce qui nous ramène de nouveau à la personnalité du statut.

103. « L'héritier bénéficiaire ne peut vendre les meubles de la succession que par le ministère d'un officier public, aux enchères, et après les affiches et publications accoutumées (art. 805). » Ces formes sont établies dans l'intérêt des créanciers; la publicité de la vente attire les acheteurs, tandis qu'une vente faite de la main à la main

pourrait se faire à vil prix, ou l'héritier pourrait ne pas déclarer le prix véritable. Dans le principe même, il n'y a rien de *réel*. L'héritier vend dans l'intérêt des créanciers, intérêt purement privé; mais les formes dans lesquelles il est tenu de vendre touchent à l'action de la puissance souveraine; dès qu'un officier public intervient, il doit agir conformément à la loi qui l'a institué : si donc il y a des meubles dépendant de l'hérédité dans un pays étranger, l'héritier bénéficiaire pourra les vendre, en sa qualité d'héritier, car il est héritier partout, mais il devra le faire dans les formes prescrites par la loi territoriale. Il va sans dire que si cette loi n'admet pas le bénéfice d'inventaire, l'héritier agit comme propriétaire; il pourra donc vendre de la main à la main; nouvelle contradiction résultant de la réalité du statut; car les créanciers du domicile, qui ont un droit de gage sur tous les biens de l'hérédité, ne jouiront pas des garanties d'une vente publique là où le bénéfice d'inventaire n'existe pas, quoique l'héritier, en acceptant bénéficiairement, se soit obligé à liquider la succession dans leur intérêt : est-ce que la puissance souveraine du lieu où se trouvent des meubles héréditaires aurait par hasard un intérêt à ce que les meubles soient vendus à vil prix?

104. Aux termes de l'article 806, l'héritier bénéficiaire ne peut vendre les immeubles que dans les formes prescrites par les lois sur la procédure (code de proc., art. 987 et 988). La cour de cassation a jugé que c'est la loi de la situation, et non celle de l'ouverture de la succession qui règle les formalités que l'héritier bénéficiaire doit observer pour la vente des immeubles (1). Cela est d'évidence. La vente se fait dans les formes tracées par le code de procédure civile; or, la procédure est de droit public, et, à ce titre, elle forme un statut réel qui oblige les étrangers. Ici l'on est dans le texte et dans l'esprit de l'article 3 du code civil; les immeubles sont régis par la loi française; quelle que soit la nationalité des possesseurs, la puissance publique est en cause, puisque c'est elle qui règle les

(1) Rejet, 25 janvier 1818 (Sirey, 1818, 1, 255).

formes de la vente et c'est par ses agents que la vente se fait.

En Belgique on applique la loi du 12 juin 1816; d'après l'article 3, l'héritier bénéficiaire doit demander l'autorisation de vendre au tribunal, de l'arrondissement où la succession s'est ouverte; le tribunal, après avoir entendu le ministère public, statue sur la demande et, en accordant l'autorisation, désigne en même temps le notaire par le ministère duquel la vente aura lieu. La vente se fait pardevant le juge de paix du canton où la succession s'est ouverte. L'intervention du juge de paix donne à la vente un caractère judiciaire, partant *réel*. Si des immeubles dépendant d'une succession ouverte en France étaient situés en Belgique, la vente devrait se faire dans les formes de la loi territoriale. Par qui l'autorisation de vendre devrait-elle être accordée? La loi de 1816 dit que le tribunal de l'ouverture de la succession doit autoriser la vente : elle suppose que la succession s'est ouverte en Belgique. Si la succession s'ouvre en France, la loi de 1816 ne peut plus recevoir son application. En effet, le tribunal intervient, moins pour autoriser la vente que pour désigner le notaire qui la fera. L'autorisation n'est qu'une formalité, puisqu'elle ne peut être refusée, la vente étant nécessaire pour liquider la succession. Il faut donc appliquer le principe consacré par la cour de cassation : la vente sera autorisée par le tribunal de la situation des biens. Si la succession s'ouvrait en Belgique et si les biens étaient situés en France, l'héritier bénéficiaire devrait suivre les formes tracées par le code de procédure français : la vente judiciaire ne peut se faire que dans les formes territoriales.

105. « S'il y a des créanciers *opposants*, l'héritier bénéficiaire ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglée par le juge. S'il n'y a pas de créanciers opposants, il paye les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent (art. 808). » Le payement des créanciers et des légataires est la mission essentielle de l'héritier bénéficiaire; c'est dans leur intérêt qu'il a liquidé la succession, et il va sans dire qu'il devrait les payer sui-

vant leur droit; or, le droit des divers créanciers est réglé par la loi au titre des *Priviléges et hypothèques*. « Les biens du débiteur, dit l'article 2093, sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » L'article 2094 ajoute que les causes légitimes de préférence sont les priviléges et hypothèques. Tels sont les droits des créanciers. Chose singulière, au titre des *Successions*, le législateur n'en tient aucun compte; si le créancier veut qu'il soit payé selon son droit, il doit faire une opposition entre les mains de l'héritier bénéficiaire, c'est-à dire qu'il doit, par un acte authentique, s'opposer à ce que l'héritier paye avant que l'ordre dans lequel le payement doit se faire soit réglé par le juge. Cette opposition n'a aucune raison d'être. Les droits des créanciers sont réglés par la loi, les biens de la succession forment leur gage, ils ont droit à ce gage; c'est donc une obligation pour l'héritier bénéficiaire de le leur distribuer, indépendamment de toute opposition; exiger une opposition, c'est compromettre leur droit, c'est donc le violer. En effet, les créanciers qui sont sur les lieux demanderont immédiatement leur payement, l'héritier ne peut pas le leur refuser. Quand les créanciers plus éloignés se présenteront, ils recevront ce qui reste de l'actif héréditaire, s'il en reste quelque chose. Il est inutile d'insister sur la critique du code, tout le monde est d'accord que la loi est mauvaise, et qu'elle doit être changée. Elle est surtout dangereuse pour les créanciers étrangers. Vainement diront-ils que, d'après la loi de leur pays, ils ne sont pas tenus de former opposition, que de droit l'héritier doit observer les règles qui régissent le concours des créanciers; l'héritier leur répondra que, d'après le code Napoléon, il est obligé de payer les créanciers au fur et à mesure qu'ils se présentent, et qu'il est tenu d'observer la loi qui régit le bénéfice d'inventaire au lieu où la succession s'est ouverte. La loi est mauvaise, même pour les créanciers indigènes qui se trouvent sur les lieux; et elle est sans prévoyance aucune pour les créanciers étrangers. Cet égoïsme national est commun à toutes les

législations; je le signale, parce qu'il ne fait pas honneur à notre civilisation. Nous sommes encore bien loin de l'idéal que Savigny a donné comme but de notre science, la réalisation du droit entre les peuples dans les relations de droit privé. Je fais appel aussi souvent que l'occasion s'en présente à la diplomatie future; mais pour qu'il y ait une diplomatie digne de sa mission, il faudrait élever les futurs diplomates dans cet ordre d'idées, et à voir ce qui se passe en Belgique, il y a de quoi désespérer: au lieu de nous approcher du but, nous nous en éloignons.

§ V. — *Du curateur à la succession vacante.*

106. Le code Napoléon porte, article 811: « Lorsque, après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour délibérer, il ne se présente personne qui réclame une succession, qu'il n'y a pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus y ont renoncé, cette succession est réputée vacante. » Aux termes de l'article 812, le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel elle est ouverte nomme un curateur sur la demande des personnes intéressées, ou sur la réquisition du procureur impérial. Les personnes intéressées sont avant tout les créanciers; ils ont droit à être payés sur les biens de la succession qui sont leur gage; il faut donc un liquidateur. Tel est l'office du curateur dont le code civil attribue la nomination au tribunal. Pourquoi la loi ne donne-t-elle pas aux parties intéressées le droit de nommer le curateur qui est leur mandataire? C'est qu'il peut y avoir des héritiers ou autres successeurs absents, inconnus même; on succède jusqu'au douzième degré, et des parents aussi éloignés ignorent souvent le lien qui les rattache au défunt. Les créanciers eux-mêmes ainsi que les débiteurs peuvent être inconnus; le tribunal intervient pour tous les intéressés. Toujours est-il que le curateur est le mandataire des créanciers et de tous ceux qui ont intérêt à la liquidation de l'hérédité. Le curateur à une succession vacante, dit l'article 813, en exerce et poursuit les droits, il répond

aux demandes formées contre elle. C'est dire qu'il représente les créanciers ; les condamnations qu'il obtient contre le débiteur leur profitent ; par contre, ils sont liés par les jugements rendus contre le curateur.

107. Faut-il conclure de là que le curateur étend son pouvoir sur les biens situés hors du territoire? J'ai admis la personnalité du statut pour l'administration bénéficiaire, et à première vue, on pourrait croire qu'il y a analogie complète entre l'héritier bénéficiaire et le curateur; l'article 813 du code civil le dit : « Les dispositions de la section III du présent chapitre sur les formes de l'inventaire, sur le *mode d'administration* et sur les comptes à rendre de la part de l'héritier bénéficiaire, sont communes aux curateurs à successions vacantes. » Cette assimilation est exacte, quoique trop absolue, pour les biens situés en France, ce que le législateur suppose toujours, parce qu'il ne statue point sur le droit civil international. Mais s'il y a des biens situés dans d'autres pays, la différence est grande. L'Etat où les biens se trouvent est intéressé à leur conservation et à la liquidation de l'hérédité; car s'il reste un actif, et s'il ne se présente personne pour le recueillir, l'Etat succède, à titre de déshérence, sans distinguer entre les biens mobiliers et les biens immobiliers. Ce droit éventuel de l'Etat sur la succession vacante lui donne par cela même droit et intérêt à administrer les biens par des agents nommés en France, et au dépôt dans ses caisses des deniers provenant de la vente des biens et des valeurs mobilières qui peuvent se trouver sur son territoire. Il suit de là que la compétence du curateur est limitée au territoire où la succession s'est ouverte et où il a reçu ses pouvoirs. Il y a, en réalité, autant de successions vacantes qu'il y a de biens situés dans des Etats différents, sans qu'il y ait à distinguer entre les biens mobiliers et les biens immobiliers, car le droit de l'Etat s'étend à toute la succession qui se trouve en déshérence. Je renvoie sur ce point à ce qui a été dit dans le cours de cette Etude.

On voit maintenant pourquoi on ne peut pas raisonner par analogie de l'administration bénéficiaire à la succes-

sion vacante. Lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, il y a un héritier qui administre, non seulement pour les créanciers, mais aussi dans son intérêt, car le reliquat lui appartient; tandis que le reliquat d'une succession vacante sera réclamé par l'Etat, pour mieux dire, lui appartient; et si les biens sont situés dans divers Etats, chacun d'eux a droit aux biens qui se trouvent sur son territoire. On objectera que tous les biens, quelle que soit leur situation, sont le gage des créanciers; cela est vrai; et l'on devrait tenir compte de ce fait pour ce qui regarde l'administration; les divers Etats pourraient s'entendre pour organiser une administration collective, de manière que les dettes fussent supportées par tout le patrimoine; l'excédant, dans chaque pays, appartiendrait à l'Etat. Ici encore la diplomatie devrait intervenir.

§ VI. — *De l'exécuteur testamentaire.*

108. L'article 1025 dit que le testateur peut nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires. Il est assez d'usage, dit Pothier, que les testateurs, pour procurer une plus sûre, plus exacte et plus diligente exécution de leurs dernières volontés, nomment des personnes à qui ils la confient : on les appelle *exécuteurs testamentaires*. Les exécuteurs testamentaires sont donc chargés d'un mandat; le testateur en fait l'offre; si l'exécuteur l'accepte, le mandat se forme. Telle est la théorie de Furgole; il est certain que ce mandat n'est pas un mandat ordinaire; celui-ci exige le concours de volontés, or, ce concours est impossible dans l'exécution testamentaire; car au moment où l'exécuteur l'accepte et consent, le testateur ne peut plus consentir. D'autres interprètes du code enseignent que l'exécuteur testamentaire est le mandataire des héritiers ou légataires universels, quoiqu'il soit nommé par le testateur : cette idée, émise par Vazeille, qualifiée d'absurde par Coin-Delisle, a été reprise par Aubry et Rau, les excellents éditeurs de Zachariæ. L'explication n'est guère en harmonie avec le but de l'exécution testamentaire. Le

mandataire représente le mandant et agit en son nom, en réalité, c'est le mandant qui agit par l'intermédiaire du mandataire. Or, l'exécuteur testamentaire représente si peu les héritiers qu'il est plutôt établi contre eux; s'il prend leur place pour exécuter les dernières volontés du défunt, c'est que le testateur se défie de l'exactitude, de la diligence et même de la bonne foi de ses héritiers. Ma conclusion est que l'exécution testamentaire est un mandat que les coutumes d'abord, puis le code civil ont organisé, sans tenir compte du droit commun. Toujours est-il que c'est un mandat dans toutes les opinions (1).

109. Ce mandat émane du testateur; il se confond avec ses dernières volontés dont il veut procurer l'exécution. Il en faut conclure que l'exécution testamentaire dépend du statut personnel du défunt, d'abord, en ce sens que la validité du mandat et le pouvoir qu'il confère au mandataire sont régis par la loi nationale du défunt; la situation des biens est absolument étrangère au mandat que le testateur donne à un ami de veiller à l'exécution de ses dispositions. L'exécuteur n'est pas un héritier; s'il reçoit un legs, c'est à titre de souvenir et de reconnaissance pour le service qu'il rend. Les biens sont donc hors de cause. Il est vrai que le testateur peut lui accorder la saisine de son mobilier, en tout ou en partie, pendant une année (art. 1026); mais cette saisine ne lui donne aucun droit, ce n'est qu'un moyen de faciliter l'exécution du mandat; ce mandat est le plus personnel des actes, puisque le testateur demande à son mandataire une marque d'amitié à un moment où il ne vivra plus.

Une première difficulté se présente. Le testateur a-t-il le droit de nommer un exécuteur testamentaire, et quels pouvoirs peut-il lui conférer? Le code Napoléon donne ce droit au testateur, mais avec des pouvoirs très limités. Il a fallu une loi pour que le testateur pût nommer un exécuteur testamentaire; en effet, le mandat ne s'exécute, pour mieux dire il n'existe qu'à la mort du testateur, donc à un moment où celui-ci n'a plus le droit de vouloir; c'est

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XIV, p. 348, nº 323.

par dérogation aux principes et par faveur pour les dispositions testamentaires que la loi permet au testateur d'ordonner ce qui doit se faire après sa mort. Et c'est aussi la loi qui décide quel pouvoir le testateur peut donner à son exécuteur testamentaire; tout est donc ici de rigoureuse interprétation, et tout dépend du législateur. Quelle est la loi dans laquelle le testateur puise son droit? La loi nationale qui seule a le droit de lui commander et de lui défendre. Il ne peut être question de la loi territoriale, puisque les biens sont hors de cause : le mandat se donne à la personne, et par des considérations exclusivement personnelles, ce qui est décisif.

On lit dans un arrêt de la cour de cassation que l'étendue d'une exécution testamentaire par un testament fait en France, conformément aux prescriptions de la loi française, ne peut être appréciée qu'au point de vue de cette loi. Dans l'espèce, un Anglais, domicilié en France, y avait fait un testament olographe, en nommant un exécuteur testamentaire sans lui donner la saisine. Quelle était l'étendue de ce mandat? Fallait-il s'en rapporter à la loi anglaise ou à la loi du domicile? La cour se prononça pour la loi française. Je crois que c'est un arrêt d'espèce plutôt qu'un arrêt de principe. Qu'importe le lieu où un testateur rédige son testament? qu'importe même son domicile? c'est une question de volonté, d'intention, donc de fait et non de droit. Si le testateur étranger ignore la loi française, comme la chose est plus que probable, dira-t-on néanmoins qu'il faut interpréter sa volonté par le code civil? Je suppose que le testateur étranger donne à l'exécuteur la saisine de son mobilier et que les meubles se trouvent dans sa patrie, en Angleterre, dont les lois ne permettent pas au testateur de disposer de la saisine, dira-t-on que l'exécuteur pourra réclamer la saisine en vertu de la loi française? Vainement la réclamerait-il devant une cour d'Angleterre, elle répondrait que la possession appartient aux héritiers, et que le testateur n'a pas le droit de la leur enlever, en vertu de la loi française, la

(1) Rejet, 19 avril 1859 (Sirey, 1859, 1, 411).

possession étant territoriale de son essence. Tandis que si le testateur avait donné la saisine de tous ses biens à son exécuteur, celui-ci pourrait la réclamer en supposant que la loi personnelle du défunt lui permette de l'accorder.

110. Il en est de même des autres difficultés que présente l'étendue des droits que le testateur peut donner à son exécuteur testamentaire. En droit français, tout est controversé, en cette matière, à commencer par le principe. Dans mon opinion, l'exécution testamentaire est un mandat tout à fait exceptionnel. La mort met fin à la volonté de l'homme et au droit qu'il a de disposer de ses biens; il peut tester et il peut nommer un exécuteur pour veiller à l'exécution de ses dernières volontés. Ici s'arrête le droit du défunt, et un autre droit s'ouvre, celui des héritiers; ils sont propriétaires dès l'instant de la mort de celui auquel ils succèdent, soit *ab intestat*, soit comme légataires; or, la propriété est un droit absolu, que la loi seule peut limiter; il faut donc s'en tenir strictement au texte du code civil, en ce qui concerne les restrictions qu'il permet au testateur d'apporter au droit des héritiers. La jurisprudence et la doctrine vont plus loin, mais les auteurs ne s'entendent pas sur le principe de ce que le testateur peut et de ce qu'il ne peut pas faire, et les cours sont également divisées. Je m'en tiens à la tradition, qui est très restrictive. Pothier demande si le testateur peut étendre la saisine que les coutumes accordaient à l'exécuteur testamentaire. Je ne le pense pas, dit-il; le testateur ne peut faire que ce que la loi lui permet; si la loi n'accordait pas la saisine à l'exécuteur, le testateur ne pourrait pas la lui donner; le testateur ne peut donc l'accorder que dans les limites de la loi. Tel est aussi l'avis de Ricard. Ce que Pothier et Ricard disent de la saisine, il faut l'appliquer à tous les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, parce qu'il y a identité de raison. Autre est la question de savoir ce que le législateur pourrait ou devrait faire. Convient-il d'étendre les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en lui permettant de vendre les biens et de liquider la succession? Ce n'est pas

ici le lieu d'examiner cette question; il est certain que l'exécution testamentaire, ainsi entendue, n'est pas celle que le code civil a organisée (1).

Dans l'incertitude où l'on est sur le principe et sur les conséquences qui en découlent, il est impossible de décider les difficultés qui résultent du conflit des lois. Un testateur étranger pourrait-il donner à son exécuteur testamentaire le pouvoir de vendre les immeubles situés en France? Le code civil ne donne pas ce droit à l'exécuteur; il l'autorise seulement à provoquer la vente du mobilier lorsqu'il n'y a pas de deniers suffisants pour acquitter les legs (art. 1031). Cela veut dire, comme Pothier l'explique, que l'exécuteur peut vendre à sa requête les meubles, mais avec le consentement des héritiers; la loi ne lui permet pas de vendre les immeubles, donc il ne l'a pas, et le testateur ne peut pas le lui donner. Un testateur étranger pourrait-il faire, en vertu de sa loi nationale, ce que défend la loi du lieu où les immeubles sont situés? Non, si l'on admet que les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire dépendent de la loi; c'est le cas d'appliquer le principe que le statut personnel est dominé par le statut territorial lorsque celui-ci est d'intérêt public; or, telle est la loi qui limite les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, car la restriction est fondée sur le droit de propriété des héritiers, et la propriété est la base de notre ordre civil et politique; le propriétaire a un droit absolu, sauf les restrictions et les prohibitions que le législateur juge convenable d'y apporter (art. 544). Une loi étrangère ne peut pas modifier l'état de la propriété en France; les deux règles que l'article 3 établit sur le statut réel s'y opposent: les immeubles, même ceux qui appartiennent à des étrangers, sont régis par la loi française, et les lois de police obligent toutes les personnes, les étrangers comme les naturels du pays. La question recevrait une solution différente si l'on admettait que le testateur peut organiser l'exécution testamentaire comme il l'entend, en modifiant le droit de propriété des héritiers. Dans cette opinion

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t XIV, nos 332-334.

surgit une nouvelle difficulté, qui est insoluble. Jusqu'où va le pouvoir du testateur? Est-il illimité? Personne n'ose aller jusque-là. Donc il est limité. Mais quelle est la limite? On ne le sait, à moins de dire, comme je le fais, que la limite se trouve dans le texte du code.

On invoque la *liberté* du *testateur;* si la liberté était en cause, toute mon argumentation tomberait; tout serait permis au testateur étranger comme au testateur français; il y a plus, il faudrait dire que la loi territoriale qui consacre la liberté, étant d'intérêt général, dominerait la loi étrangère, qui l'entrave. Mais on abuse étrangement du mot de liberté, dans l'ordre civil comme dans l'ordre politique. Est-ce qu'au nom de sa liberté le testateur pourrait enchaîner éternellement la propriété des héritiers? Non certes. Donc ce n'est pas une question de liberté. Le testateur est libre tant qu'il vit, il n'est plus libre quand il est mort. Il peut disposer de ses biens tant qu'il est en vie, il ne peut plus commander quand il a cessé d'exister. Après son décès, d'autres droits s'ouvrent, ceux des héritiers, et c'est le plus considérable de tous les droits, la propriété. Conçoit-on qu'il y ait tout ensemble deux propriétaires, l'un mort, l'autre vivant, et que la mort commande à la vie (1)?

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XIV, nos 363-868, p. 387 et suiv.

LIVRE IV.

Des biens et du statut réel.

CHAPITRE Ier. — LES MEUBLES ET LES IMMEUBLES.

SECTION Ire. — Des principes qui régissent les meubles et les immeubles.

111. L'article 516 du code Napoléon porte : « Tous les biens sont *meubles* ou *immeubles*. » Cette classification des biens joue un grand rôle dans la doctrine traditionnelle des statuts, et les auteurs du code ont consacré la tradition. Aux termes de l'article 3, « les *immeubles*, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». Les lois concernant les immeubles forment donc un *statut réel;* elles sont applicables à toute personne, sans distinction de nationalité. Mais le statut réel est renfermé dans les limites du territoire, le législateur territorial n'a aucune autorité en dehors du pays sur lequel il exerce sa puissance souveraine. En ce sens on disait, dans l'ancien droit, que toute coutume est réelle, c'est-à-dire souveraine, mais souveraine seulement dans les limites de son territoire; hors de là, il y a une autre souveraineté également territoriale, également exclusive de toute souveraineté étrangère.

L'article 3 du code civil ne parle pas des meubles. Le Livre préliminaire, qui se trouvait dans le projet de la commission chargée de rédiger un code, contenait à cet égard la disposition suivante (titre IV, art. 5) : « Le mobilier du citoyen français résidant à l'étranger est réglé par la loi française comme sa personne. On sait que le

Livre préliminaire fut retranché, comme appartenant à la doctrine plutôt qu'à la législation; mais la disposition que je viens de transcrire n'en doit pas moins être considérée comme appartenant au code Napoléon; elle ne faisait que reproduire un principe de l'ancien droit, et l'article 3 consacre la doctrine traditionnelle des statuts. Or, c'était une maxime de nos coutumes que « meubles suivent le corps ou la personne ». De là l'opinion commune dans l'ancien droit français que les lois qui régissent les meubles forment un statut personnel (1). Ce statut suit les meubles en pays étranger, comme il suit la personne. Le Français est régi partout par la loi française, pour son mobilier, tandis que pour ses immeubles, il est soumis à la loi du lieu où ils sont situés. Nous avons vu, dans le cours de ces Etudes, une application importante de cette distinction entre le statut des meubles et le statut des immeubles. La succession mobilière est régie par la loi française, quelle que soit la situation des meubles héréditaires, tandis que la succession immobilière est régie par la loi des lieux où les immeubles sont situés. J'ai exposé la théorie traditionnelle dans le deuxième volume de ces Etudes et j'y reviendrai encore. Pour le moment je constate l'importance qu'a la division des biens en meubles et immeubles, pour la science du droit international. Dans l'ancien droit, la distinction était capitale et d'une application usuelle; elle servait à déterminer la nature des statuts, et comme les coutumes variaient d'une province à l'autre, d'une ville et parfois d'un village à l'autre, la distinction des statuts réels et personnels était d'un usage journalier. Aujourd'hui la question des statuts n'a plus d'influence que dans le droit civil international.

112. La distinction des meubles et des immeubles s'étend à toutes les matières du droit privé. Les administrateurs jouent un grand rôle dans le droit civil international. Leurs droits diffèrent suivant que les biens dont ils ont la gestion sont meubles ou immeubles. Sont-ils meubles, la loi leur donne le droit d'intenter les actions mobilières,

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXI, n° 172, et chap. XXV, n°s 2 et suiv.

tandis qu'elle leur refuse le droit de former les actions immobilières.

C'est un système qui a son point de départ dans l'ancien droit : on attachait peu d'importance aux meubles, toute la sollicitude du législateur était pour les immeubles. Le code civil dit, en matière d'absence, que les actions que les tiers ont contre l'absent doivent être formées contre les envoyés provisoires (art. 134). La raison d'analogie et la tradition ont fait admettre que les envoyés peuvent intenter les actions mobilières qui appartiennent à l'absent (1). Après l'envoi définitif, la question ne se présente plus; les envoyés sont considérés comme propriétaires, et partant ils ont toutes les actions.

L'article 464 du code civil dispose qu'aucun tuteur ne pourra introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, sans l'autorisation du conseil de famille. De là on conclut qu'il peut former des demandes mobilières sans cette autorisation. Mieux eût valu le dire. Si les auteurs du code civil n'ont pas mis plus de soin dans la rédaction des dispositions qui concernent les droits des administrateurs, c'est qu'ils étaient imbus des principes de l'ancien droit, et bien des choses leur semblaient inutiles à dire, parce qu'elles leur paraissaient évidentes (2).

Le code civil n'a qu'un seul article sur l'administration du père; aux termes de l'article 389, le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. Quelle est l'étendue de ce pouvoir? Tout est controversé en cette matière. Je m'en tiens au texte, qui décide implicitement la question des actions. Le père est administrateur, or, dans le système du code, et dans l'esprit de la tradition française, l'administrateur peut former les actions mobilières, il ne peut pas former les actions immobilières. Cela me paraît décisif. Je renvoie les détails de la controverse à mes *Principes de droit civil* (t. IV, n° 315).

L'article 482 du code civil porte que le mineur émancipé ne peut intenter une action immobilière, ni y défendre

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 246, n° 188.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. V, p. 76, n° 66.

sans l'assistance du curateur. Toujours même silence pour les actions mobilières; on dirait que le législateur ne daigne pas y penser. Il faut dire du mineur émancipé ce que j'ai dit du tuteur et du père; l'esprit du code et de la tradition suffit pour trancher la difficulté. Le pouvoir d'administration du mineur émancipé est analogue à celui du tuteur, quoique moins étendu : il ne peut faire que des actes de pure administration (art. 484); mais intenter une action mobilière a toujours été considéré comme un acte d'administration, à tort ou à raison, peu importe; c'est la tradition, il faut s'y tenir.

Aux termes de l'article 1428, le mari commun en biens peut seul exercer toutes les actions mobilières et personnelles qui appartiennent à la femme. C'est la seule disposition du code qui donne en termes exprès à un administrateur le droit de former les actions mobilières. Du reste l'article 1428 ne fait que suivre la tradition. Quand la communauté est dissoute par la séparation de biens, la femme reprend l'administration de ses biens en sa qualité de propriétaire; l'article 1448 ne s'explique sur l'administration que pour dire que la femme a la *libre* administration, c'est-à-dire qu'elle peut faire tous les actes d'administration sans l'autorisation de son mari ou de justice. Cependant, aux termes de l'article 215, la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait séparée de biens. Pourquoi, pouvant administrer librement et même disposer de son mobilier (art. 1449), ne lui permet-on pas de former une action concernant son mobilier? C'est que la femme mariée, même séparée, est sous puissance maritale, et c'est à raison de cette puissance qu'elle a besoin d'autorisation; la loi déroge à cette incapacité générale pour les actes d'administration, parce qu'il y a nécessité d'en affranchir la femme pour les actes journaliers d'administration; mais cette nécessité n'existe pas pour les procès, qui sont des actes très rares et très dangereux. Ainsi l'administrateur qui a le pouvoir le plus étendu, puisque la femme est propriétaire, est le seul qui ne puisse pas intenter des actions mobilières : la raison en est que la femme est un

incapable, et elle reste incapable, même après la séparation de biens.

113. Sous le régime dotal, il y a une autre anomalie : le mari a le droit d'exercer toute espèce d'actions mobilières et immobilières (art. 1549), tandis que sous le régime de communauté, il n'a que les actions mobilières. Quelle est la raison de cette différence? De motif juridique, il n'y en a pas; sous l'un et sous l'autre régime, le mari n'a qu'un pouvoir d'administration, et ce pouvoir devrait être le même. Il n'y a qu'une raison historique. En droit romain, le mari était considéré comme maître de la dot; ce n'était qu'une fiction, mais la fiction entraînait une conséquence importante. Comme propriétaire, le mari avait le droit de poursuivre tout débiteur, tout détenteur des biens dotaux. L'ancienne jurisprudence admit la conséquence, tout en répudiant la fiction de propriété d'où elle résulte. Il en est de même du code civil qui n'a fait que reproduire la tradition des pays de droit écrit.

Cela prouve qu'il ne faut point chercher un principe dans le code civil en ce qui concerne les droits des administrateurs. Pourquoi la loi ne donne-t-elle pas aux administrateurs le droit d'agir relativement aux droits immobiliers? C'est que les demandes judiciaires sont considérées comme des actes de disposition; et ceux qui administrent les biens d'autrui n'en peuvent pas disposer. Or, ils ne peuvent pas plus disposer des meubles que des immeubles; donc ils ne devraient pas avoir le droit d'ester en jugement, pas plus en matière mobilière qu'en matière immobilière.

114. Cette anomalie fait naître une difficulté, sur laquelle il y a controverse et doute. Les administrateurs ont-ils le droit d'aliéner les meubles qui appartiennent à ceux dont ils gèrent les intérêts? On enseigne généralement qu'ils ont ce droit. Après avoir analysé les dispositions du premier livre du code civil qui se rapportent au pouvoir des administrateurs, un auteur français conclut en disant : « La pensée qui a dirigé le législateur a été *évidemment* que la *vente* et l'*aliénation* des *meubles* sont des actes d'*administration*, tandis que l'*aliénation* et l'*hy-*

pothèque des *immeubles* sont l'exercice du droit de propriété (1). » Les textes que l'on cite ne disent pas ce qu'on leur fait dire.

En principe, le propriétaire seul peut aliéner, parce que la faculté de disposer d'une chose est un des attributs de la propriété (art. 544). Le maître peut, à la vérité, donner mandat d'aliéner ses biens, mais l'aliénation dépouille le propriétaire de son droit, et l'on ne peut pas admettre facilement que le maître, en établissant un administrateur, ait voulu lui donner pouvoir de disposer de ses biens, pas plus des meubles que des immeubles. Telle est la théorie du code civil : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les *actes d'administration;* s'il s'agit d'*aliéner* ou *hypothéquer*, ou de quelque *autre acte de propriété*, le *mandat* doit être *exprès*. » Ainsi, aliéner, faire un acte quelconque de propriété, n'est pas un acte d'administration. Le mandataire ou administrateur a pouvoir de faire des actes d'administration; il n'a pas le pouvoir de faire des actes de propriété. Telle est l'interprétation que la loi donne au mandat conventionnel. Conçoit-on que le mandataire constitué par le législateur ou par le juge ait un pouvoir plus étendu, et que la loi, qui restreint le mandat donné par le maître, étende le pouvoir du mandataire qu'elle-même nomme ou permet au juge de nommer? Cela n'aurait pas de sens. S'il faut une disposition expresse dans le mandat conventionnel pour que le mandataire puisse aliéner, à plus forte raison faudrait-il une disposition formelle dans la loi pour que le mandataire judiciaire ou légal ait ce pouvoir. La difficulté se réduit donc à une question de texte : Y a-t-il dans le code civil un article qui pose en principe que l'administrateur peut aliéner?

115. L'article 126 du code Napoléon porte que lorsque les héritiers présomptifs de l'absent auront obtenu l'envoi en possession provisoire de ses biens, le tribunal ordonnera, *s'il y a lieu*, de vendre tout ou partie du mobilier. La loi dit : *S'il y a lieu;* c'est-à-dire que le tribunal pren-

(1) Königswarter, dans la *Revue étrangère et française* de Fœlix, 1840, t. VII, p. 450.

dra en considération l'intérêt de l'absent. Que faut-il décider des meubles dont le tribunal n'a pas ordonné la vente? L'article 126 implique que les envoyés sont tenus de conserver les meubles que l'intérêt de l'absent exige de conserver. Or, dès qu'il y a obligation pour les envoyés de conserver, ils ne peuvent pas avoir le droit de vendre. La question est cependant controversée (1).

Le tuteur a-t-il le droit de vendre le mobilier de son pupille? L'article 452 du code civil porte : « Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur *fera vendre tous les meubles* autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature. » Ainsi la loi *ordonne* la vente de *tous les meubles* appartenant au mineur; vendre n'est donc pas un *droit* qu'elle accorde au tuteur, c'est une *obligation* qu'elle lui impose. Le code veut que les meubles soient vendus, parce qu'ils se détériorent et se déprécient par le laps de temps et que d'ailleurs ils sont inutiles au mineur pendant tout le temps de sa minorité; il importe donc d'en réaliser immédiatement la valeur. La loi admet une exception; le conseil de famille peut autoriser le tuteur à conserver les meubles qui sont nécessaires au mineur ou qui pourront lui devenir nécessaires. Si le conseil de famille l'autorise à conserver certains meubles, pourra-t-il les vendre ensuite, sans autorisation? Nouvelle controverse. A mon avis, le tuteur n'a pas ce droit, parce que la loi ne le lui donne pas; elle charge le conseil de famille de décider quels meubles seront vendus, et quels meubles ne le seront pas : et s'il a pris une décision, c'est à lui seul qu'il appartient de la rapporter ou de la modifier.

Ces principes sont-ils applicables au père administrateur légal? Tout est controversé en cette matière. Le code ne donne au père qu'un droit d'administration (art. 389). Ce droit implique-t-il la faculté de vendre? En principe, non (n° 112), et de texte il n'y en a pas. Cependant on admet généralement que le père peut aliéner les meubles du mineur. Cette opinion doit être rejetée, comme pure-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. II, n°s 177-179.

ment arbitraire, puisqu'elle n'est fondée ni sur un principe ni sur un texte (1).

Le mineur émancipé peut-il aliéner ses effets mobiliers? Il y a un motif de douter. L'article 484 dit que le mineur ne peut vendre ses *immeubles* sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé; n'en faut-il pas conclure que le mineur émancipé peut vendre ses *meubles?* Le système général du code écarte ce doute. Le mineur émancipé a une capacité très restreinte : il ne peut faire que des actes de pure administration, il ne peut recevoir un capital, quelque modique qu'il soit, sans l'assistance de son curateur. La loi craint que le mineur ne dissipe les deniers qu'il touche; et elle lui permettrait de vendre un riche mobilier, sans assistance aucune, et d'en toucher le prix pour le dissiper! La difficulté est de savoir comment le mineur pourra vendre, s'il y avait nécessité absolue ou avantage évident? Il n'y a d'autre solution que d'appliquer l'article 484, et d'exiger l'autorisation du conseil de famille avec l'homologation du tribunal. La loi du 24 mars 1806 concernant les rentes sur l'Etat augmente l'incohérence de la législation en cette matière. Elle permet au mineur émancipé de vendre au cours du jour, avec l'assistance de son curateur, une inscription unique de cinquante francs en rente cinq pour cent; si les inscriptions dépassent ce chiffre, il ne peut les vendre qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Comment concilier cette loi avec l'opinion générale qui permet au mineur d'aliéner ses meubles sans assistance du curateur et sans autorisation du conseil de famille? Elle ne se concilie pas non plus avec l'opinion rigoureuse que je professe. Il y a lacune dans la loi (2). Le seul texte que nous ayons concerne la vente des immeubles; l'article 484 assimile, à cet égard, le mineur émancipé au mineur non émancipé; c'est dire qu'il devra suivre les conditions et les formes que la loi prescrit au tuteur.

Le mari est administrateur des biens de la femme sous les régimes de communauté et d'exclusion de communauté,

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IV, p. 412, n° 311.
(2) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. V, p. 247, n° 218.

ainsi que sous le régime dotal. Quels sont ses pouvoirs? La loi s'exprime inexactement en disant que le mari ne peut aliéner les immeubles qu'avec le consentement de la femme; ce n'est pas lui qui aliène, c'est la femme qui aliène avec autorisation du mari ou de justice. Le mari peut-il aliéner les meubles qui sont propres à la femme? C'est une question très controversée et d'un grand intérêt sous le régime de la communauté d'acquêts, laquelle est le régime ordinaire des époux qui font un contrat de mariage. En théorie, la solution n'est pas douteuse; le mandat d'administrer ne donne pas le droit d'aliéner, pas plus les choses mobilières que les immeubles. Il faut donc voir si les textes dérogent aux principes. L'article 1428, en limitant la prohibition aux *immeubles*, n'a-t-il pas entendu dire que le mari a le droit d'aliéner les meubles? C'est toujours le *silence* de la loi que l'on invoque, et le *silence* n'est pas un *texte*. Dans le silence de la loi, il faut maintenir le principe, et le principe n'est pas douteux. Le mari administre et l'administrateur ne peut pas aliéner (1).

La femme séparée de biens, soit par jugement, soit par contrat de mariage, a l'administration de ses biens; aux termes de l'article 1449, elle peut disposer de son mobilier. Ce droit donne aussi lieu à des difficultés. On demande d'abord si la femme a un pouvoir absolu d'aliéner son mobilier. A mon avis, le texte décide la question; la loi dit, en effet, en termes généraux, que la femme séparée peut disposer de son mobilier et l'aliéner. J'ai répondu ailleurs aux objections (2).

116. L'article 1449 soulève encore une autre difficulté. Il donne à la femme séparée, qui n'a qu'un simple pouvoir d'administration, le droit de disposer de son mobilier; n'en faut-il pas conclure qu'en principe le pouvoir d'administration emporte le droit d'aliéner? L'argumentation cloche. Quand on parle des administrateurs et de leur pouvoir, on entend des mandataires chargés d'administrer des biens qui appartiennent à des tiers, tels que le mari,

(1) J'ai longuement discuté la question dans mes *Principes de droit civil*, t. XXII, nos 161-164.

(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXII, nos 301 et 302, p. 313 et suiv.

le tuteur, les envoyés en possession des biens d'un absent. Or la femme n'est pas un mandataire, elle est propriétaire; en aliénant les meubles, elle dispose de ce qui lui appartient. La seule difficulté est de savoir si elle a besoin de l'autorisation du mari; le code civil l'en affranchit, à tort ou à raison. Mais de là on ne peut pas conclure que les administrateurs mandataires ont le droit d'aliéner.

117. Il y a une objection plus sérieuse contre la théorie que je viens d'exposer. Il en résulte, dit-on, une contradiction inexplicable. La loi accorde aux administrateurs le droit d'intenter les actions mobilières, et elle leur refuse le droit d'exercer des actions immobilières. Pourquoi? On suit comme principe que celui qui ne peut pas disposer ne peut pas plaider; par contre celui à qui la loi permet de plaider doit avoir le droit de disposer; or, tels sont les administrateurs; la loi leur reconnaît le droit d'intenter des actions mobilières, elle doit donc aussi leur accorder le droit d'aliéner les meubles. Si la loi formulait les principes tels que je viens de le faire, la question serait décidée. Mais le code n'a pas de principe arrêté en cette matière; il suit la tradition, et celle-ci dédaignait les meubles, et ne s'en occupait guère. Le code Napoléon contient des dispositions sur le droit d'exercer les actions mobilières; il les a empruntées à la tradition, on peut donc les considérer comme un principe général applicable à tous les administrateurs. Y a-t-il un article analogue pour l'aliénation des meubles? Non. Il n'y a pas de disposition donnant à un administrateur, comme tel, le pouvoir d'aliéner les meubles. Il n'y a pas non plus de lien légal entre les deux faits juridiques, en ce sens que l'on puisse induire du droit d'agir le droit d'aliéner, ou du droit d'aliéner le droit d'agir. Je ne dis pas qu'il y a harmonie entre toutes ces dispositions; toujours est-il que la loi fait une différence entre le droit d'agir et le droit d'aliéner; cela suffit pour écarter l'objection à laquelle je réponds.

118. Il y a encore une disposition sur l'aliénation des meubles, et elle serait décisive, si elle était mieux rédigée, mais la mauvaise rédaction de la loi a fait naître de nouvelles difficultés. Je transcris l'article 1860 : « L'associé

qui n'est point *administrateur* ne peut *aliéner* ni engager les *choses même mobilières* qui dépendent de la société. » Si l'on isolait cet article des articles précédents, on pourrait croire que le code dit que l'administrateur a le droit d'aliéner les effets mobiliers; tandis qu'il veut dire tout le contraire. Il peut y avoir, et il y a le plus souvent un *gérant*, nommé par l'acte de société; ses pouvoirs sont déterminés par la convention; très souvent il a le droit d'aliéner les effets mobiliers: c'est le droit commun quand le but de la société est de vendre. S'il n'y a pas de gérant, tous les associés sont administrateurs, en ce sens qu'ils sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre (art. 1859). C'est de ces associés que parle l'article 1860; ils ne sont point administrateurs, en vertu de l'acte social, donc ils ne peuvent pas avoir le droit d'aliéner à titre de gérants, au nom de la société. Reste à savoir si le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre que leur donne l'article 1859 emporte le droit d'aliéner; l'article 1860 décide la question négativement. C'est l'application du principe que le fait d'aliéner n'est pas un acte d'administration; d'où suit que l'administrateur n'a pas le pouvoir d'aliéner. Cette interprétation de l'article 1860 se fonde sur l'opinion de Pothier, que les auteurs du code civil ont suivi en cette matière (1). Elle confirme entièrement les principes que je viens d'exposer sur le droit des administrateurs.

119. Je continue à exposer les principes différents qui régissent les meubles et les immeubles, en tant que cette différence de principes exerce une influence sur le droit civil international. La présente Etude s'occupe du statut réel : une des premières questions que j'aurai à examiner est de savoir quelle est la loi qui régit la transmission de la propriété. Or, en cette matière, le code Napoléon a une théorie différente pour les meubles et pour les immeubles. Aux termes de l'article 2279, la possession vaut titre en fait de meubles. Quelle est la signification de cet adage? Celui qui se prétend propriétaire d'un immeuble peut le

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XXVI, nos 326 et 327, p. 332 et suiv.

revendiquer contre tous tiers détenteur, et s'il prouve son droit de propriété, le possesseur sera évincé, à moins qu'il n'ait possédé pendant le temps et sous les conditions requis pour la prescription. De même, tous ceux qui ont un droit réel dans une chose immobilière, servitude, usufruit, emphytéose, hypothèque, peuvent exercer leur droit contre tout détenteur de l'immeuble, lequel ne peut repousser l'action que par l'exception de prescription. Il en est tout autrement du propriétaire d'un objet mobilier; s'il revendique sa chose contre un tiers possesseur de bonne foi, celui-ci peut repousser l'action par la possession; c'est dire que la revendication d'objets mobiliers n'est pas admise, ni par suite aucune action réelle concernant les meubles.

Quelle est la raison de la différence que le droit français établit entre les meubles et les immeubles? C'est la nécessité du commerce qui l'a fait admettre. La rapidité des transactions et la sécurité des contractants sont de l'essence du commerce. On ne dresse pas acte des conventions, et notamment de la plus fréquente de toutes, la vente; un objet mobilier peut passer dix fois par jour d'une main à l'autre. Comment l'acheteur s'assurera-t-il que celui qui lui transmet la chose en est le propriétaire? Demandera-t-il des titres au vendeur, celui-ci n'en a pas : rien ne garantit qu'il est propriétaire, sinon sa possession. Donc l'acheteur doit être à l'abri de la revendication, et de toute action réelle, s'il achète de celui qui est en possession; la possession, en matière de meubles, tient lieu de titre. Devenu possesseur à son tour, l'acheteur sera également propriétaire par le fait seul de sa possession, et sa possession lui suffira pour repousser toute action qui tendrait à l'évincer. Il faut ajouter que l'acheteur doit être de bonne foi pour qu'il puisse invoquer sa possession comme un titre de propriété; le législateur a voulu protéger le commerce, et la bonne foi est l'âme des relations commerciales.

La maxime que la possession tient lieu de titre n'est pas admise en fait d'immeubles. La prescription est pour les immeubles ce que la simple possession est pour les

meubles. On peut exiger pour les immeubles une prescription de dix à vingt ans, avec titre et bonne foi, ou une prescription trentenaire, sans titre ni bonne foi; les transactions immobilières sont rares, et l'acheteur a le temps de s'assurer, par l'inspection des titres, que ses auteurs étaient propriétaires, au moins par l'effet de la prescription. Ses droits sont donc entièrement garantis par les voies légales qui transmettent la propriété des immeubles.

120. Il y a entre les meubles et les immeubles une autre différence, qui tient à celle que je viens de signaler. Les immeubles seuls peuvent être hypothéqués; les meubles n'ont point de suite par hypothèque (C. Nap., 2119; loi hypoth. belge, art. 46). L'hypothèque des meubles n'offrirait aucune garantie au créancier hypothécaire; puisque le débiteur pouvant, d'un instant à l'autre, aliéner la chose hypothéquée, le créancier perdrait son hypothèque, l'action hypothécaire ne pouvant pas être dirigée contre le tiers acquéreur, tandis que le créancier a le droit de suivre l'immeuble hypothéqué entre les mains de tout tiers détenteur.

Le code Napoléon admet que les meubles peuvent être grevés d'un privilége. Mais il y a entre le privilége mobilier et le privilége immobilier une différence capitale : le premier ne donne pas le droit de suite, tandis que le privilége immobilier donne au créancier tous les droits qui résultent d'une hypothèque, notamment le droit de suite. Il y a une autre différence entre les priviléges mobiliers et les priviléges immobiliers; ceux-ci sont soumis à la publicité, de même que les hypothèques. Les priviléges mobiliers ne sont pas soumis à la publicité. Cela n'empêche pas qu'ils constituent un statut réel, puisque tout le système des priviléges et hypothèques est organisé dans l'intérêt du crédit, qui a un lien intime avec la richesse publique.

121. Les différences entre les meubles et les immeubles, en ce qui concerne la transmission de la propriété et des droits réels, n'ont rien de commun avec le préjugé du droit traditionnel, qui attache aux immeubles une plus

grande importance qu'aux meubles. Je dois encore signaler une différence où ce préjugé reparaît. La communauté est le régime de droit commun qui règle les intérêts pécuniaires des époux. C'est une société universelle de biens mais limitée à la fortune mobilière des époux; les immeubles en sont exclus, sauf les acquêts que les époux font pendant la communauté. Pourquoi les immeubles n'y entrent-ils pas? De raison juridique de cette différence, il n'y en a point. Si les immeubles personnels des conjoints en sont exclus, cela tient au préjugé que je viens de signaler. L'esprit de notre droit français, dit Pothier, est que les biens restent dans les familles. Or, si les immeubles personnels des époux étaient devenus communs, le partage les aurait fait sortir d'une famille pour les faire entrer dans une famille étrangère; en les déclarant propres, on les conservait à la famille de laquelle ils provenaient.

Dans les pays de droit écrit, le régime dotal formait le droit commun des époux, et il est resté dans les mœurs des provinces du Midi. Ce régime frappe d'inaliénabilité les fonds dotaux de la femme, c'est-à-dire sa fortune immobilière; c'est un moyen énergique de la lui conserver, puisqu'elle ne peut aliéner ses immeubles même avec autorisation du mari. Les meubles restaient dans le commerce. Pourquoi permettait-on à la femme dotale de se dépouiller de sa fortune mobilière, alors qu'on mettait tant de soin à lui conserver ses immeubles? Il n'y a d'autre raison que le peu de prix que l'on attachait aux meubles. Les choses sont bien changées; le préjugé traditionnel est tellement en opposition avec notre état social, que la jurisprudence s'est mise au-dessus de la loi pour assimiler les meubles de la femme à ses fonds dotaux, en les déclarant également inaliénables.

122. J'ai signalé les différences les plus importantes que le droit français fait entre les meubles et les immeubles. Elles tiennent la plupart aux prix que l'ancien droit attachait aux immeubles et au dédain qu'il témoignait pour les meubles. Notre état social a tellement changé qne nous avons de la peine à comprendre les préjugés de

l'ancien droit. On disait vulgairement que la possession des choses mobilières était chose vile, d'autres ajoutaient, abjecte : *Vilis mobilium et abjecta possessio* (1). D'où venait cet étrange dédain pour la richesse mobilière? L'orgueil féodal, incarné dans l'aristocratie, y joue un grand rôle. La puissance des barons tenait à la nature particulière de la propriété que l'on appelle le fief; il n'y avait ni industrie, ni commerce; c'étaient les serfs qui exerçaient l'industrie, et le commerce était dans les mains des Juifs et des Lombards, race abjecte et méprisée. Le mépris rejaillit sur le travail. Ce préjugé survécut au régime féodal : le noble qui se faisait commerçant dérogeait et perdait les priviléges de son rang; les arts et métiers étaient le domaine du tiers état; le dédain que la noblesse témoignait aux roturiers s'étendit à leur fortune. De là cette maxime presque insultante de l'ancien droit que la possession des meubles est chose vile.

La révolution mit fin à la domination de l'aristocratie et à tout le vieux régime. On ne peut certes pas imputer au législateur révolutionnaire le dédain pour les classes ouvrières; on pourrait plutôt lui reprocher la haine de la noblesse et du clergé. Cependant les auteurs du code civil restèrent attachés au droit traditionnel, et, partant, sans en avoir conscience, aux préjugés de la tradition. Rossi, le célèbre économiste, dit qu'ils ont méconnu l'importance de la richesse mobilière en maintenant des maximes et des règles qui impliquent le mépris de l'industrie et des richesses qu'elle crée (2). Il serait plus vrai de dire que le législateur français ignorait la fortune mobilière et qu'il oubliait de s'occuper des meubles. Toujours est-il que les légistes du conseil d'Etat restèrent trop attachés à l'ancien droit.

La composition de la communauté légale est contraire au principe même sur lequel repose la société des biens entre époux : l'union des âmes devrait avoir pour consé-

(1) D'Argentré, *Coutume de Bretagne*, article 282, sur le mot *Pourra*, p. 1361.

(2) Rossi, *Observations sur le droit civil français*, considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société (*Revue de législation*, t. XI).

quence l'union des intérêts. Le code des Pays-Bas a remplacé la communauté restreinte du code français par la communauté universelle : c'est le vrai principe, et il finira par l'emporter sur la règle traditionnelle qui n'est fondée, ni en raison, ni en droit. Quant au régime dotal, les économistes ont parfaitement raison de le condamner ; l'intérêt général demande que les biens restent dans le commerce, et le droit de la société l'emporte sur l'intérêt des femmes mariées, en supposant que leur véritable intérêt exige que leurs biens soient frappés d'inaliénabilité.

La théorie du code civil sur le pouvoir des administrateurs est illogique et contradictoire d'un bout à l'autre. Elle viole le droit de propriété en permettant aux administrateurs de disposer indirectement des meubles par voie d'action judiciaire, alors que la loi leur défend d'intenter une action immobilière. Ici le dédain que Rossi reproche aux auteurs du code est manifeste, en tant qu'il s'agit de l'ancien droit que le législateur français a eu tort de consacrer. Il fallait rompre avec une tradition qui n'a plus aucune raison d'être.

Quant à la distinction que la tradition faisait et que le code civil a maintenue entre les statuts mobiliers et les statuts immobiliers, elle est abandonnée par les maîtres de notre science ; mais elle perpétue son empire dans les lois et les coutumes. Les coutumes sont stationnaires et immobiles de leur nature ; l'Angleterre, commerçante et industrielle, les Etats-Unis démocratiques sont encore régis, à la fin du dix-neuvième siècle, par le droit féodal que la rude main de Guillaume le Conquérant imposa aux Anglo-Saxons au onzième siècle. J'ai fait la critique de la doctrine traditionnelle dans tout le cours de ces Etudes. C'est le point capital de mon travail. Je vais le continuer en traitant du statut réel.

SECTION II. — Quels biens sont immeubles.

123. L'article 517 porte : « Les biens sont immeubles, ou par leur *nature*, ou par leur *destination*, ou par l'*objet* auquel ils s'*appliquent*. » Le code civil range parmi les

biens qui sont immeubles par leur nature, d'abord le sol, puis les choses que l'homme ou la nature ont incorporées au sol, les constructions et plantations. Il vaut mieux distinguer ces deux espèces d'immeubles, parce qu'elles sont régies par des principes différents.

124. Le sol est, à vrai dire, la seule chose qui soit immeuble par sa nature : il est immobile; en ce sens, la nature elle-même l'a fait immeuble. Et on ne conçoit pas qu'il soit mobilisé; aussi ne l'est-il jamais, pas même par une fiction de la loi. Nos lois admettent que les meubles deviennent immeubles par incorporation et même par simple destination; elles n'admettent pas que le sol soit mobilisé.

125. C'est une différence essentielle entre les biens qui sont immeubles par leur nature et ceux qui deviennent immeubles par incorporation. Les bâtiments sont, en réalité, meubles, en ce sens qu'ils sont composés de matériaux mobiliers. Ces matériaux ne deviennent immeubles que par leur incorporation au sol. Du moment qu'ils ne sont plus adhérents au sol, ou qu'on les considère comme en devant être détachés, la fiction qui les immobilise n'a plus de raison d'être, et, par suite, les matériaux cessent d'être immeubles, pour reprendre leur nature véritable, c'est-à-dire mobilière.

Il en est de même des plantations, ou, comme le dit le code civil, des fruits qui sont pendants par branches ou par racines. Tant qu'ils mûrissent, la nature les attache au sol dans lequel ils puisent leur nourriture; ne faisant qu'un avec le sol, ils sont immeubles comme lui. Mais dès que les fruits sont mûrs, ils se détachent eux-mêmes du sol ou on les en détache, et, par suite, ils deviennent des choses mobilières; par leur nature ils sont donc meubles. De là suit qu'ils sont meubles dès que, dans un contrat, on les considère comme devant être détachés du sol; car, détachés du sol, les fruits cessent d'être immeubles.

126. Les bâtiments que le code civil considère comme immeubles par nature, ne le sont donc que par incorporation. Il en est de même de leurs accessoires nécessaires. Le code Napoléon ne parle que des tuyaux servant à la

conduite des eaux; il en est de même d'*autres objets de la même espèce qui s'identifient avec l'immeuble et ne font qu'un seul tout avec lui*. Ce sont les paroles de Treilhard, l'orateur du gouvernement (1).

127. Aux termes de l'article 519, « les moulins à vent ou à eau, fixes sur piliers et faisant partie des bâtiments, sont aussi immeubles par leur nature ». Il faut dire qu'ils le sont par incorporation. Les conditions mêmes que la loi exige pour que les moulins, ou, en termes plus généraux, les usines soient immeubles, prouvent que l'immobilisation vient du fait de l'homme. L'article 519 semble exiger deux conditions, d'abord que les moulins soient fixes sur piliers, et, en second lieu, qu'ils fassent partie du bâtiment. C'est une faute de rédaction, comme le prouve l'article 531 ; l'une des deux conditions suffit. Lorsqu'un moulin est fixé sur piliers, il fait corps avec le sol auquel il est incorporé ; donc il est immeuble par la même raison qu'un bâtiment est immeuble. Et s'il fait partie de la maison, il est immeuble comme dépendance d'un immeuble.

Le principe est donc que toute construction incorporée au sol est immeuble. Ainsi les chemins de fer sont immeubles, quoique ce ne soient ni des bâtiments, ni des usines, parce que la voie ferrée est attachée au sol et fait corps avec lui.

128. L'application du principe donne lieu à une question très controversée, celle de savoir quelle est la nature des constructions faites par un locataire ou un fermier.

Un premier point est certain, c'est que les constructions sont immeubles quoiqu'elles aient été faites par un preneur. En effet, c'est à raison de leur incorporation au sol que les matériaux, meubles de leur nature, deviennent immeubles; or, l'incorporation se fait par l'ouvrier, dit le code Napoléon (art. 532), peu importe au nom de qui il travaille, au nom du propriétaire, ou d'un possesseur, ou d'un détenteur précaire; il suffit que les matériaux soient attachés au sol et fassent corps avec lui, pour qu'il y ait incorporation et, par suite, immobilisation.

(1) Treilhard, *Exposé des motifs*, n° 5 (Locré, t. IV, p. 29).

Les constructions sont donc immeubles ; mais le sont-elles à l'égard de tous? Il n'est pas douteux qu'elles sont immeubles à l'égard du propriétaire du sol. On doit en dire autant du superficiaire, c'est-à-dire, de celui qui a un droit de superficie dans le sol. Le superficiaire peut construire; c'est ordinairement dans ce but que le droit de superficie est constitué; s'il construit, les bâtiments lui appartiennent; il est dans la même situation que le propriétaire, la superficie lui appartient, comme elle appartient au propriétaire; son droit est immobilier, donc les constructions ont à son égard le même caractère, ce sont des immeubles.

Sont-elles aussi immeubles à l'égard du preneur? On suppose que le bail lui donne le droit de construire, mais avec la clause que les constructions appartiendront au propriétaire. Les bâtiments seront meubles à l'égard du preneur. La raison en est que le droit du preneur est un droit personnel, d'obligation, donc un droit mobilier; s'il en est ainsi des biens qui font l'objet du bail, il en doit être de même des constructions qu'il fait en vertu du bail; il n'y a pas un droit réel, donc son droit n'est pas un droit immobilier; il n'y a qu'un droit d'obligation, donc mobilier.

A mon avis, il en est de même dans le cas où le bail stipule que les constructions faites par le preneur lui appartiendront pendant la durée du bail. S'il les vend, la vente sera mobilière. En théorie, la solution ne me semble pas même douteuse. La vente d'une maison pour être démolie est mobilière; de là suit que, si dans un contrat, les constructions sont considérées comme devant être détachées du sol, l'incorporation et par suite l'immobilisation cessent. Or, quand l'acheteur achète un bâtiment construit par un preneur, bâtiment qui doit être démoli, la construction est considérée comme devant être séparée du sol, donc elle est mobilière; la vente porte réellement sur des matériaux. Et si la construction est mobilière à l'égard de l'acheteur, elle doit aussi l'être à l'égard du vendeur; en effet, le preneur construit à condition de démolir à la fin de son bail; donc il a un droit sur des

bâtiments qui doivent être détachés du sol, partant son droit est mobilier. Il y a des objections, j'y ai répondu dans mes *Principes de droit civil*, auxquels je renvoie (1).

129. Les biens qui sont immeubles par leur nature ne cessent jamais d'être immeubles; ils restent toujours ce que la nature les a faits. Il n'en est pas de même des bâtiments et plantations; ils ne sont tels que par leur incorporation; la cause cessant, l'effet doit cesser aussi. Les articles 520 et 521 contiennent des applications de ce principe aux fruits : « Dès que les fruits sont détachés et les grains coupés, quoique non enlevés, ils sont meubles. Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble. Les coupes ordinaires des bois taillis, ou de futaies mises en coupes réglées, ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus. » Le principe s'applique aux constructions comme aux plantations. Dès que l'incorporation des matériaux cesse par la démolition de l'édifice, les matériaux reprennent leur nature mobilière. L'article 532 le dit, et il ajoute que les matériaux assemblés pour construire un édifice nouveau sont meubles jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction. Alors même que les matériaux détachés d'un édifice sont destinés à y être replacés, ou que ceux provenant de la démolition sont destinés à le reconstruire, ils deviennent meubles.

Il résulte du même principe que la vente d'une maison pour être démolie est une vente mobilière. La cour de cassation l'a décidé ainsi et cela n'est point douteux. Il suffit même qu'un bâtiment soit vendu séparément du sol, pour que la vente soit mobilière, car une construction séparée du sol cesse d'être immeuble. La cour de cassation a encore jugé que la cession du droit d'exploiter une mine est mobilière, car elle a pour objet des choses mobilières; tandis que la vente d'une mine serait immobilière, puisque la mine est immeuble. Il a aussi été jugé que la vente de fruits pendants par branches ou par racines est mobilière; en effet les fruits sont considérés, dans ce cas,

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 515, n° 416.

comme devant être détachés du sol; dès lors ils cessent d'être immeubles (n° 125).

Mais la mobilisation par convention n'a d'effet qu'entre les parties contractantes; à l'égard des tiers, la chose incorporée au sol continue à être immeuble, tant que l'incorporation subsiste. La jurisprudence est en ce sens, et le principe n'est point douteux, il découle de la notion même du contrat. « Les conventions, dit l'article 1165, n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent pas. »

De là suit que si des choses immeubles par incorporation sont vendues, elles sont meubles à l'égard de l'acheteur, mais elles restent immeubles à l'égard des tiers, aussi longtemps que l'incorporation subsiste. Dans son application aux hypothèques, le principe donne lieu à des difficultés; je suis obligé de renvoyer à mes *Principes de droit civil*, pour que ces notions générales ne prennent pas une extension démesurée (1).

130. L'article 524 porte que « sont immeubles par destination, les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds ». Ce n'est pas le propriétaire, à vrai dire, qui immobilise, c'est l'intérêt de l'agriculture ou de l'industrie. Quand le propriétaire d'un fonds agricole ou industriel y place des objets mobiliers pour le service et l'exploitation du fonds, ils deviennent immeubles, parce que l'agriculture et l'industrie l'exigent. S'ils conservaient leur nature mobilière, les créanciers personnels du propriétaire pourraient les saisir séparément du fonds, et les faire vendre. Il en résulterait que l'exploitation du fonds deviendrait impossible. Tels sont les animaux destinés à la culture. Ils sont placés sur le fonds pour exploiter le fonds; si les créanciers les saisissaient, la culture deviendrait impossible, au grand préjudice de la société qui est intéressée à ce que les fonds soient cultivés, et au préjudice du propriétaire qui se verrait ruiné, parce qu'il ne pourrait plus retirer du sol les fruits qui servent à le nourrir

(1) Voyez le t. XXX de mes *Principes de droit civil*, nos 226-231.

lui et sa famille. Les choses immobilisées par destination ne pouvant être saisies qu'avec le fonds, tous les intérêts sont sauvegardés : l'exploitation du fonds est assurée, et les créanciers, loin d'y perdre, y gagnent, car ils perdraient à la ruine de leur débiteur.

Le principe reçoit son application à l'industrie, aussi bien qu'à l'agriculture, et il faut y ajouter le commerce, il y a même motif de décider. C'est le service qui immobilise, quel qu'il soit (1). D'après l'article 524, le propriétaire seul peut immobiliser par destination; le fermier n'a pas ce droit. On dit que le propriétaire est le représentant de l'intérêt agricole, tandis que le fermier n'agit que dans son intérêt personnel, il n'a aucune qualité pour agir au nom du fonds. Cela n'est pas exact. Qui est le vrai représentant de l'agriculture, le fermier qui cultive le fonds et qui l'améliore, ou le propriétaire pour qui le fonds n'est qu'un capital produisant une rente? Le motif que l'on donne pour justifier l'immobilisation agricole s'applique au fermier aussi bien qu'au propriétaire.

131. Quand y a-t-il *destination?* Il y a des choses sans lesquelles le fonds ne peut être exploité selon la destination qui lui est donnée; on ne peut cultiver la terre sans instruments aratoires, ni faire marcher une usine sans les machines qui la mettent en mouvement, ni exploiter un hôtel sans le mobilier qui y est approprié : voilà des objets mobiliers dont l'agriculture, l'industrie ou le commerce réclament l'immobilisation. Ce principe est admis par la doctrine et par la jurisprudence; il est fondé sur l'essence même de la *destination*. Il a été jugé que les animaux qui se trouvent sur un fonds peuvent être saisis, quand ils ne sont pas rigoureusement nécessaires à l'exploitation, puisque dans ce cas on ne peut pas dire qu'ils soient attachés au fonds pour son service. Et s'il s'agit d'un établissement industriel ou commercial, dit la cour de cassation, il faut, pour que les objets qui y sont placés

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. V, n° 463. Il y a un arrêt en sens contraire, de la cour de Nancy, 27 mars 1878 (Sirey, 1880, 1, 411). Voyez, *ibid.*, une excellente critique de cet arrêt, par M. Lyon-Caen.

deviennent immeubles, qu'ils soient absolument indispensables et affectés directement au service et à l'exploitation du fonds (1).

132. Le propriétaire peut encore immobiliser des choses mobilières par destination en les attachant au fonds à *perpétuelle demeure*. L'article 525 explique en quoi consiste la perpétuelle demeure. Il y a d'abord perpétuelle demeure quand le propriétaire a attaché les choses à son fonds, en les scellant en plâtre, à chaux ou à ciment. C'est le travail de maçonnerie qui marque la volonté du propriétaire d'immobiliser des effets mobiliers par perpétuelle demeure; peu importe le but; c'est d'ordinaire pour un motif d'utilité ou d'agrément, mais la loi ne s'en enquiert pas; quand même le propriétaire aurait agi par caprice, il n'y a pas moins immobilisation, dès que les marques de la perpétuelle demeure existent. Le code admet encore la perpétuelle demeure sans travail de maçonnerie, quand un objet mobilier a été placé sur un fonds de manière qu'il ne peut en être détaché sans être fracturé et détérioré, ou sans briser et détériorer la partie du fonds à laquelle il est attaché; la volonté du propriétaire est certaine dans ce cas, et c'est sur sa volonté que se fonde l'immobilisation par perpétuelle demeure.

Après ces règles générales sur la perpétuelle demeure, le code trace des règles spéciales concernant l'immobilisation des glaces, tableaux et statues (art. 525).

Quel est l'objet de ces règles et de ces définitions qui déterminent la perpétuelle demeure? Il y a des créanciers qui traitent avec le débiteur sur la foi de sa richesse mobilière; d'autres stipulent des garanties hypothécaires qui ne peuvent être consenties que sur des immeubles; les uns et les autres sont intéressés à savoir si les objets mobiliers qui ornent le fonds conservent leur nature, ou s'ils deviennent immeubles. Il faut donc que les caractères de l'immobilisation soient tels, qu'ils frappent les regards, de sorte qu'à première vue les tiers puissent s'assurer de

(1) Voyez les témoignages dans mes *Principes de droit civil*, t. V, p 544, n° 439.

la nature mobilière ou immobilière des objets qui doivent leur servir de gage.

Qui peut immobiliser des objets par perpétuelle demeure? Le propriétaire seul a ce droit, puisque lui seul a un droit perpétuel sur le fonds; le détenteur temporaire ne peut agir dans un esprit de perpétuité : cela serait contradictoire dans les termes.

133. L'immobilisation par destination agricole, industrielle ou commerciale, et celle qui se fait par perpétuelle demeure ont des conséquences qui intéressent le droit civil international. Aux termes de l'article 1615, l'obligation qui incombe au vendeur de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel. Il suit de là que tous les immeubles par destination sont compris dans la vente du fonds, quand même l'acte de vente ne les mentionnerait pas. En serait-il ainsi lorsque l'une des parties ou les deux contractants sont étrangers? Je reviendrai sur la question, en traitant des obligations.

Les immeubles par destination n'entrent pas en communauté, puisque, de droit commun, les meubles seuls y entrent. Si des époux étrangers se marient en France, suivra-t-on les règles établies par le code civil sur l'immobilisation, ou appliquera-t-on la loi nationale des époux? J'examinerai la question à la fin de cette Etude sur la nature des biens.

Si le testateur dispose de ses biens par testament, sa volonté fait loi. Il faut donc voir dans quels termes il a disposé, pour décider si le légataire des meubles prendra les objets immobilisés par destination, ou si le légataire des immeubles y a droit. Dans le cas de doute, quel est le statut qui servira à expliquer le testament, en déterminant la volonté du testateur? J'ai répondu d'avance à la question (t. VI, n°s 303-308).

Les impôts qui grèvent les biens forment un statut réel, comme je le dirai plus loin. C'est le cas d'appliquer l'article 3 qui déclare applicables aux étrangers les lois de police, en entendant par là les lois qui sont d'intérêt général et qui ont pour objet de protéger tous ceux qui habi-

tent le territoire; or telles sont les lois d'impôt puisqu'elles donnent au gouvernement les moyens de remplir son devoir de protection. L'impôt varie suivant que les biens sont meubles ou immeubles; il est donc très important de savoir si les objets mobiliers, immobilisés par destination, doivent être considérés comme immeubles au point de vue des droits de mutation. Dans la succession *ab intestat*, il n'y a pas de doute; les héritiers reçoivent les biens tels que le défunt les possédait, donc avec leurs accessoires immobiliers. Il en serait autrement si le testateur avait légué séparément les immeubles par destination; par cela même il les aurait mobilisés, le légataire recevant des objets mobiliers ne doit que le droit qui se perçoit sur les meubles (1).

134. Les effets de l'immobilisation cessent du moment que les biens reprennent leur nature mobilière : la cause cessant, les effets doivent cesser. Lorsqu'il y a destination par perpétuelle demeure, la volonté seule du propriétaire suffit, pourvu qu'il la manifeste de la manière déterminée par la loi, c'est-à-dire que les tiers soient avertis que les objets immobilisés redeviennent meubles.

L'immobilisation qui se fait dans l'intérêt de l'agriculture, du commerce ou de l'industrie cesse aussi par la volonté du propriétaire : il peut abandonner l'exploitation; dès ce moment, il n'y a plus de destination agricole, industrielle ou commerciale, et, par suite, plus d'immobilisation. Même en continuant l'exploitation, il peut vendre des objets immobilisés par destination; la vente suffit pour les mobiliser, puisque les choses vendues ne servent plus à l'exploitation du fonds.

135. Il y a une troisième classe d'immeubles, celle des biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. La loi entend par là les droits immobiliers. Par leur nature, les droits ne sont ni meubles ni immeubles. Si le code les range soit parmi les immeubles, soit parmi les meubles, c'est que les biens sont régis par des principes différents selon qu'ils sont meubles ou immeubles, il fallait donc clas-

(1) Voyez, sur tous ces points, mes *Principes de droit civil*, t. V, p. 579, nos 472-475.

ser les droits dans l'une ou l'autre de ces catégories de biens.

Sont immeubles d'abord les droits réels qui s'exercent dans un immeuble, et qui, en ce sens, deviennent immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent : tels sont la propriété et ses démembrements, les servitudes, l'usufruit et l'usage d'un immeuble, l'habitation, l'emphytéose et la superficie (C. Nap., art. 526); il faut y ajouter l'hypothèque, d'après la loi hypothécaire belge.

En second lieu, sont immeubles les actions immobilières. On entend par action la réclamation d'un droit en justice. En ce sens, l'action ne diffère pas du droit, l'action n'est que le moyen de faire reconnaître le droit et d'en assurer l'exécution. Le droit est-il immobilier, l'action sera immobilière. Quand le droit et par suite l'action sont-ils immeubles? Il y a sur ce point un vieil adage, toujours applicable : *Actio quæ tendit ad immobile est immobilis*. Le droit tend-il à mettre un immeuble dans les mains de celui qui l'exerce, il est immobilier, et, par suite, l'action est immobilière. Telle est l'action en résolution d'une vente immobilière; le demandeur n'est pas propriétaire, il ne revendique pas, comme le dit à tort l'article 526; son action tend à résoudre la vente et à mettre un immeuble dans ses mains.

L'application du principe soulève une difficulté. Dans notre droit moderne, la vente d'une chose déterminée en transporte la propriété à l'acheteur, par le seul effet du contrat; par suite, l'action qui appartient à l'acheteur contre le vendeur ne tend plus à lui donner la propriété qu'il a déjà, c'est une simple action en délivrance; or, *délivrer*, c'est faire, et l'obligation qui consiste à faire est mobilière, donc le droit de l'acheteur aussi est mobilier. Il en est autrement lorsque la chose est indéterminée; dans ce cas, la propriété ne se transfère pas par la vente, donc l'action de l'acheteur tend à lui faire acquérir la propriété de l'immeuble, partant elle est immobilière.

SECTION III. — Quels biens sont meubles.

136. « Les biens sont meubles par leur *nature*, ou par la détermination de la loi » (C. Nap., art. 527).

« Sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées » (C. Nap., art. 528).

L'article 532 applique ce principe aux matériaux provenant de la démolition d'un édifice, et à ceux qui sont assemblés pour en construire un nouveau ; ils sont meubles jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction (n° 127).

Le code civil applique encore le principe aux bateaux, bacs, navires, moulins et bains sur bateaux, et généralement, dit l'article 531, à toutes usines non fixées par des piliers, et ne faisant point partie de la maison. Je renvoie à ce qui a été dit ci-dessus (n° 127).

137. Les meubles par la détermination de la loi sont les droits mobiliers.

Sont d'abord meubles, les droits réels mobiliers, c'est-à-dire la propriété et les démembrements de la propriété qui s'exercent dans des choses mobilières. Le code ne mentionne pas cette première classe de droits mobiliers, mais la raison d'analogie est évidente : si les droits réels qui s'exercent dans un immeuble sont immobiliers, par identité de raison on doit réputer mobiliers ceux qui s'exercent dans un meuble. La propriété des choses mobilières est le plus usuel de ces droits : il y a encore l'usufruit des choses mobilières, et les priviléges qui grèvent les meubles ; les autres droits réels ne s'exercent que dans les immeubles.

138. Sont, en second lieu, mobiliers, les droits qui ont pour objet des effets mobiliers (C. Nap., art. 529), c'est-à-dire ceux qui tendent à mettre un meuble entre les mains du créancier. C'est l'application du vieil adage : *Actio quæ tendit ad mobile, est mobilis*. Tels sont les droits qui ont pour objet une somme d'argent, l'action du créancier tend à lui donner la propriété des deniers. Il faut encore appliquer ici par analogie ce que je viens de dire des actions immobilières (n° 127).

Les dettes ou obligations ont les mêmes caractères que

les droits : elles sont mobilières quand le droit du créancier est mobilier. De là suit qu'une dette qui a pour objet de transférer la propriété d'un meuble est mobilière ; de même qu'elle est immobilière quand elle a pour objet la translation de la propriété d'un immeuble.

139. L'application de ces principes n'est pas sans difficulté. D'après l'article 529, les *actions* dans une société sont meubles. Le code entend ici par *action*, le droit d'un associé dans une société dont il est membre, c'est-à-dire, son droit dans les bénéfices qu'elle réalise pendant qu'elle existe, et le droit qu'il a dans le fonds social lorsqu'elle se dissout.

Il est d'évidence que le droit des associés est mobilier tant que dure la société, quand même la société posséderait des immeubles : car le droit des associés ne consiste que dans le dividende, c'est-à-dire en une somme d'argent. En est-il de même quand la société se dissout? L'article 529 le décide ainsi, car il dit en termes généraux et absolus que les droits des associés sont mobiliers, « encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies ». L'associé n'a pas deux droits, il n'en a qu'un; ce droit peut aboutir à lui donner un immeuble, mais ce n'est pas là le but que les associés ont en contractant, ils n'ont en vue que de prendre part aux bénéfices que la société fera, donc leur droit est essentiellement mobilier.

L'article 529 ajoute que les actions sont réputées meubles à l'égard de chaque associé seulement. C'est la société considérée comme être moral, ou personne civile, qui est propriétaire des immeubles dépendants de l'entreprise, de même que des meubles. En tant qu'elle possède des immeubles, son droit est immobilier, elle peut les hypothéquer; les tiers créanciers de la société peuvent les saisir; tandis que les créanciers des associés ne peuvent, ni stipuler une hypothèque sur les immeubles de la société, ni les saisir, puisque ces biens n'appartiennent pas aux associés. De là suit que l'article 529 ne s'applique qu'aux sociétés capables de posséder, c'est-à-dire aux sociétés qui ont une individualité distincte de celle des associés : c'est l'expression

du code de commerce belge. Dans le langage de l'école, on dit qu'elles jouissent de la personnification civile; si elles ne l'ont pas, elles ne sauraient être propriétaires; la propriété appartient, dans ce cas, aux associés, et les biens sont par conséquent le gage de leurs créanciers.

140. L'article 529 applique le même principe aux rentes. On appelle rente le droit à une prestation périodique en argent ou en denrées; la prestation porte le nom d'arrérages. Le droit à la rente est mobilier, parce qu'il a pour objet une chose mobilière, les arrérages, qui consistent en argent ou en denrées. Il n'en était pas de même dans l'ancien droit. Je dois m'y arrêter parce que le droit traditionnel s'est maintenu dans les législations qui ne procèdent pas du code français.

Dans l'ancien droit, les rentes foncières étaient immeubles. On appelait *bail à rente* le contrat par lequel le bailleur cédait un héritage, sous la réserve d'une rente annuelle, que le preneur s'obligeait à prester aussi longtemps qu'il possédait l'immeuble. En transportant la propriété de l'héritage au preneur, le bailleur se réservait un droit réel dans la chose, droit qui suivait le fonds entre les mains de tout tiers détenteur. La rente foncière, étant un droit réel immobilier, était par cela même immobilière.

On considérait aussi comme telle la rente constituée. C'était une créance d'arrérages, acquise soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, d'ordinaire moyennant un prix en argent. A vrai dire, la rente constituée est un prêt; elle n'en diffère qu'en un point, c'est que le crédirentier n'a droit qu'à des arrérages, il ne peut pas demander le remboursement du capital, tandis que le prêteur a droit au capital, que l'emprunteur doit lui rembourser. Mais le débirentier avait le droit de racheter la rente en remboursant le capital; la rente était donc rachetable. Par sa nature, la rente était mobilière, puisqu'elle était constituée pour la cession d'un capital mobilier. Pothier nous dira pourquoi on assimilait les rentes aux immeubles : c'est, dit-il, parce qu'elles produisaient un revenu annuel et perpétuel comme les fonds de terre. Il ajoute encore une autre raison, c'est que les rentes constituées for-

maient la plus grande partie du patrimoine, souvent tout le patrimoine d'un très grand nombre de familles, et l'esprit du droit français était de conserver les biens dans les familles. Cette raison ne s'appliquait pas à la rente viagère, laquelle est un droit attaché à la personne du créancier et s'éteint à sa mort. De là un doute sur la nature de cette rente. Pothier l'assimilait à la rente constituée, ce qui la rendait immobilière (1).

Les rentes, telles qu'elles existaient dans l'ancien droit, n'ont plus de raison d'être; elles s'étaient introduites et multipliées, parce que le prêt à intérêt était défendu; or, d'après la législation nouvelle, le prêt à intérêt rentre dans le droit commun de toute convention, l'argent étant considéré comme une marchandise. On dit que le bail à rente a favorisé la culture des fonds incultes en les cédant à de pauvres cultivateurs qui les amélioraient, parce qu'ils étaient sûrs de profiter des fruits de leur travail moyennant une modique redevance. L'emphytéose présente le même avantage sans offrir l'inconvénient de charges perpétuelles qui grèvent les fonds et les placent de fait hors du commerce, parce qu'ils se vendent difficilement. Les rentes foncières étant mobilières, il n'y avait plus de motif de maintenir la fiction qui immobilisait les rentes constituées, perpétuelles ou viagères : toute rente est mobilière (2).

SECTION IV. — Quel statut décide si les biens sont meubles ou immeubles.

N° 1. PRINCIPES.

141. En traitant des principes généraux de notre science, j'ai répondu en ces termes : « C'est le statut réel, quand il y a un intérêt général en cause, et c'est le statut personnel, quand il s'agit d'un intérêt privé (t. II, n° 249). » Cette réponse est une décision de théorie. Pour le moment, il s'agit du droit traditionnel, tel qu'il est

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans, Introduction générale aux Coutumes*, nos 54 et 55.

(2) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. V, p. 628, nos 509 et 510, et t. XXVII, p.71, nos 54-58.

consacré par l'article 3 du code Napoléon : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » Par contre, les lois qui concernent les meubles suivent la personne et sont personnelles en ce sens; c'est la tradition, et l'article 3 y renvoie implicitement. Reste à voir quels statuts sont immobiliers et à ce titre réels, et quels statuts sont mobiliers et personnels à ce titre. Les articles du code qui définissent les immeubles et les meubles sont étrangers à notre question; ils supposent qu'il s'agit d'appliquer la loi française sans qu'il y ait un conflit avec une loi étrangère; dès qu'il y a conflit, il faut que l'on sache par quelle loi on détermine si une chose est mobilière ou immobilière, et si, par suite, un statut est mobilier ou immobilier. La même difficulté se présente dans tous les cas où les principes qui régissent les immeubles diffèrent des principes qui régissent les meubles; la difficulté est grande, et nous n'avons aucun texte qui la prévoie.

142. L'article 3 ne décide pas non plus la question de savoir quel statut détermine si une chose est mobilière ou immobilière. Tout ce que l'on pourrait en induire, c'est que le motif pour lequel un statut est réel détermine aussi la nature de la chose à raison de laquelle le statut est considéré comme réel. En exposant les motifs du Titre préliminaire, Portalis dit que la réalité des statuts immobiliers est une conséquence de l'indivisibilité de la souveraineté. Il est de l'essence de la puissance souveraine qu'elle s'étende sur tout le territoire; or, l'ensemble des immeubles forme le territoire; il faut donc que tous les immeubles soient régis par la loi territoriale; si un immeuble était régi par une loi étrangère, la souveraineté ne serait plus entière, elle serait divisée. Donc la réalité des lois concernant les immeubles est une conséquence de la souveraineté (1).

Telle est la théorie du statut réel : peut-on l'appliquer à la question de savoir quels biens sont immeubles? Quand il y a conflit sur ce point entre la loi française et la loi

(1) Voyez, sur la théorie de Portalis, le tome II de ces Etudes, p. 258 et suiv.

étrangère, faut-il s'en tenir à la loi territoriale, par la raison que la souveraineté française ne serait plus entière si telle chose considérée comme immeuble par le code civil était réputée meuble en vertu de la loi étrangère? La question ne comporte pas une décision absolue, parce qu'il y a diverses espèces d'immeubles. Le motif donné par Portalis implique qu'il s'agit d'immeubles par leur nature; or, il n'y a qu'une chose qui soit immeuble par sa nature, c'est le sol, et sur le caractère immobilier du sol, il ne peut guère y avoir de conflit, puisque c'est la nature elle-même qui l'a fait immeuble. Il faudrait supposer qu'une loi étrangère permette de mobiliser le sol, et, par suite, de le soustraire à la loi territoriale; dans ce cas, la loi française l'emporterait, dans la théorie de Portalis, puisque l'application de la loi étrangère aboutirait à soumettre à cette loi une partie du territoire français, ce qui serait contraire à l'indivisibilité de la puissance souveraine. On pourrait ajouter que la loi française n'ayant jamais permis de mobiliser le sol, l'application de la loi étrangère conduirait à une vraie perturbation du système économique : et dès que le droit de la société est engagé dans le débat, la loi territoriale l'emporte sur la loi étrangère.

Ce qui est évident pour les immeubles par leur nature ne l'est plus des choses mobilières qui deviennent immeubles par incorporation. Le code assimile les bâtiments aux fonds de terre (art. 518) : mais cette assimilation n'est pas exacte; le sol est toujours le même, tandis que la main de l'homme élève les constructions, et la main de l'homme les démolit : le territoire change-t-il, et, par suite, la souveraineté n'est-elle plus entière quand elle ne s'exerce plus sur les constructions qui couvraient le sol? Ce qui semble prouver que la puissance souveraine est hors de cause dans l'immobilisation par incorporation, c'est qu'il dépend de l'homme de la faire cesser par sa seule volonté. Que décidera-t-on en cas de conflit de la loi française et de la loi étrangère? Le conflit est possible; dans l'ancien droit, il y avait des coutumes qui considéraient les bâtiments comme meubles. Ce conflit se videra-

t-il par le principe de l'indivisibilité de la souveraineté? Ne nous hâtons pas trop de répondre, comme Froland le dit si souvent; nous pourrions être obligé de revenir sur notre décision.

A plus forte raison, la souveraineté paraît-elle étrangère à la nature du statut qui déclare certaines choses immeubles par destination : dira-t-on que la souveraineté française sera divisée, si tels objets placés par le propriétaire sur le sol ou dans un bâtiment sont considérés comme meubles par la loi étrangère dont on réclame l'application en France? Je ne dis point que cette loi doive être appliquée plutôt que la loi française; mais il semble que l'on ne peut plus se déterminer pour la loi territoriale par le motif que Portalis donne pour justifier la réalité des statuts immobiliers.

Que dire des droits immobiliers? Ici il ne s'agit plus du territoire, ni de l'indivisibilité de la souveraineté territoriale; tout est fiction; or, les fictions sont dans le domaine du législateur : l'un peut décider que tel droit est assimilé aux immeubles, un autre décidera que le droit est mobilier: la souveraineté française serait-elle brisée, si le juge appliquait la fiction étrangère plutôt que la fiction de la loi territoriale?

143. La même question se présente pour le statut mobilier; nous n'avons pas de définition légale de ce statut, mais on peut accepter comme telle la définition que le *Livre préliminaire* donnait, dans le titre IV, article 5 : « Le mobilier du citoyen français résidant à l'étranger est réglé par la loi française comme sa personne. » Ce principe décide-t-il aussi la question de savoir quels biens sont meubles? Non, il suppose que la nature des meubles est certaine, mais il ne dit pas d'après quelle règle on détermine cette nature. Recourra-t-on aux motifs pour lesquels le statut des meubles est déterminé par la loi personnelle? On les ignore. La règle étant traditionnelle, il faut remonter à la tradition. Malheureusement la tradition augmente notre embarras, car elle est d'une incertitude extrême en ce qui concerne les motifs pour lesquels le statut des meubles est personnel. Les uns disaient que

les meubles, servant à l'usage de la personne, la suivent partout où elle réside. La raison est mauvaise : est-ce que toutes choses, quelle que soit leur nature, ne servent pas à l'usage de la personne? Donc tous les statuts devraient être personnels. D'autres légistes avaient recours à une fiction en vertu de laquelle les meubles étaient censés se trouver au domicile de la personne, de sorte qu'ils changeaient de loi avec la personne. Une fiction purement arbitraire peut-elle rendre raison de la nature des statuts? Pourrait-on l'appliquer aux meubles incorporels qui n'ont point de situation? Les droits qualifiés de meubles sont eux-mêmes une fiction; feindre qu'ils ont une situation, c'était enter une fiction sur une autre fiction.

Que dire, au milieu de cette mer d'incertitudes, du statut mobilier ou personnel, en ce qui concerne la question que je discute? Je demande si les motifs pour lesquels la loi du domicile régit les meubles autorisent à décider, par cette même loi, qu'une chose est mobilière. Et nous ne connaissons pas ces motifs. Il faut donc nous en tenir à la règle telle que la tradition nous l'a transmise. D'abord toute considération de souveraineté et d'intérêt social disparaît. Si le domicile du maître décide qu'une chose est mobilière, la nature de la chose dépendra uniquement de la volonté de celui qui la possède. Les rentes sont mobilières d'après la loi française; le propriétaire transporte son domicile dans un pays dont la loi déclare les rentes foncières immeubles; une seule et même chose sera donc aujourd'hui mobilière et demain immobilière. Faut-il demander si une pareille doctrine a un fondement rationnel? Le principe même du statut mobilier est une fiction, quelle que soit l'explication que l'on adopte. J'ai mon domicile d'origine en France, et je réside pendant toute ma vie à l'étranger, en Suisse, en Italie, en Angleterre, dans le Nouveau Monde, en transportant avec moi mes effets mobiliers : la fiction veut que ces meubles soient censés se trouver en France et qu'ils soient régis par la loi française. Est-ce qu'une fiction aussi étrange peut décider si les choses auxquelles elle s'applique sont mobilières ou non?

Il y a encore une autre cause d'incertitude. Les meu-

bles suivent le statut de la personne : quel est ce statut? Les uns disent que c'est le statut du domicile, les autres que c'est le statut national. Si c'est aussi ce statut qui détermine quelles choses sont mobilières ou immobilières, il en résultera que l'on ne saura quelle loi consulter, ni par suite quelle sera la nature de la chose ; elle pourra être mobilière d'après le statut national, et immobilière d'après le statut du domicile : auquel des deux faut-il s'en tenir? Avant de répondre à la question, je vais remonter à la tradition.

144. Jean Voet suppose qu'une chose est mobilière en vertu de la loi du domicile de celui à qui elle appartient, et immobilière d'après la loi du lieu où elle se trouve en réalité ; le juge appliquera la loi territoriale, il ne sera pas tenu de considérer la chose comme mobilière en vertu de la loi du domicile, pas même, dit-il, par une considération de courtoisie, qui engage parfois le juge à appliquer une loi étrangère (1). De sorte que, dans l'espèce, le droit du territoire l'emporte sur la loi de la personne. Rocco, toujours fidèle à la tradition, enseigne la même doctrine (2), ainsi que M. Massé (3). Il va sans dire que tel est aussi l'avis des Anglo-Américains, qui décident toutes les questions concernant les immeubles par la loi de la situation (4). Dans l'espèce, le statut réel n'a point l'influence décisive qu'on lui attribue. Quand la nature de la chose est certaine et qu'elle est immobilière, on doit décider, sans doute aucun, que le statut est réel. Mais on demande si une chose est mobilière ou immobilière, pour savoir s'il faut appliquer le statut réel ou le statut personnel; et on répond que la chose est immobilière parce que le statut des immeubles dépend de la situation. C'est plus que décider la question par la question, c'est un cercle vicieux. Voet et les auteurs qui le suivent ne disent pas pourquoi il faut appliquer la loi du territoire plutôt que celle du domicile quand il s'agit de déterminer si une chose est immobilière, mais il est facile de deviner le motif pour lequel

(1) Voet, *Ad Pandectas*, lib. II, tit. IV, *De Statutis*, n° 41.
(2) Rocco, *Delle leggi delle due Sicilie*, p. 123.
(3) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 449 (2e édition), n° 553.
(4) Story, *Conflict of laws*, p. 568, § 447 (7e édition).

ils se prononcent en faveur de la loi réelle : c'est que la doctrine du réalisme serait compromise si le juge, ne fût-ce que par courtoisie, décidait d'après la loi étrangère qu'une chose est mobilière, alors que la loi de la situation la déclare immeuble : la loi territoriale, dans ce système, doit toujours l'emporter sur la loi étrangère.

Un des auteurs les plus récents et les plus exacts, M. Asser dit que, dans la question que je discute, il faut appliquer aux meubles le même principe qu'aux immeubles, c'est-à-dire que pour toutes choses la loi de la situation détermine leur nature mobilière ou immobilière (1). Cela serait logique si l'on faisait abstraction de la tradition; mais en droit français cela est impossible, puisque le code Napoléon consacre la doctrine de l'ancien droit. Et n'en faut-il pas dire autant du code néerlandais qui a reproduit la disposition de l'article 3? M. Asser a raison de dire que la distinction entre les meubles et les immeubles n'a point de raison d'être, et que les mêmes principes doivent régir toutes les choses mobilières et immobilières. Mais cela ne tranche pas encore la difficulté; car reste à savoir quels sont ces principes.

145. Il y a une question préliminaire, celle de savoir si la tradition, telle que je viens de la constater, est celle à laquelle le code civil renvoie, et qui, à ce titre, serait obligatoire pour l'interprète. Je ne le crois pas. Voet n'appartient pas à la tradition française; celle-ci avait une tendance très prononcée en faveur de la personnalité des statuts, témoin Dumoulin, Coquille, et la jurisprudence du parlement de Paris, puis, au dix-huitième siècle, Froland et Boullenois, enfin un grand magistrat, le président Bouhier. Tandis que Voet, de même que la plupart des jurisconsultes belges et hollandais étaient des réalistes à outrance. Jean Voet surtout tenait à la souveraineté territoriale; il ne voulait pas même y déroger pour les lois d'état et de capacité, que les jurisconsultes français s'accordaient à considérer comme personnelles. La seule concession qu'il se résignât à faire à la personnalité des

(1) Asser. *Schets van het internationaal privaatregt*, p. 74.

coutumes, c'est que, par courtoisie, le juge appliquât, en certains cas, les lois étrangères. Dans la question que je discute, Voet rejetait cette transaction. Je ne connais pas de statutaire français qui, sur ce point, ait partagé son opinion, elle était en opposition avec le courant des idées françaises. Cela nous donne une latitude que nous n'avons pas, en général, dans cette matière. Il s'agit d'une question spéciale que l'article 3 du code civil ne préjuge point. Le silence de la loi, tout en laissant plus de liberté à l'interprète, ne fait qu'augmenter la difficulté de sa tâche; car, en dehors de la tradition, il n'y a plus de principe dans nos lois. N'est-ce pas le devoir du jurisconsulte, dans ce cas, de s'inspirer de la tradition française pour l'étendre et la développer?

N° 2. DES MEUBLES.

146. Dans la théorie du code civil, toute espèce de constructions incorporées au sol sont immeubles par leur nature (art. 518, 519, 523). Cette assimilation des bâtiments et des fonds de terre décide la question de savoir quel est le statut qui détermine si les constructions sont immeubles et à l'égard de qui elles le sont. Dans la théorie du code français, il est de l'essence de la souveraineté qu'elle étende son empire sur chaque portion du territoire, donc sur tout ce qui fait partie du territoire, partant sur les constructions qui s'identifient avec le sol (n° 142). Même, abstraction faite de la théorie traditionnelle, il faut dire que les statuts qui concernent la puissance souveraine, en tant qu'elle s'exerce sur le territoire national, intéressent au plus haut degré la société, ses droits, son existence; c'est donc le législateur territorial qui seul a mission de déterminer quelles sont les constructions qui doivent être assimilées aux fonds de terre, partant l'immobilisation par incorporation est une dépendance du statut réel. Vainement l'étranger invoquerait-il son statut national pour soutenir que les constructions, quoiqu'elles soient incorporées au sol, conservent la nature mobilière des matériaux qui les composent, on lui répon-

drait qu'un statut territorial et réel par excellence domine le statut personnel, comme la souveraineté de la nation domine les droits des individus, étrangers ou naturels. Par identité de raison, l'étranger ne pourrait pas invoquer sa loi nationale pour en induire qu'une construction placée seulement sur le sol, sans y être incorporée est immobilière; on lui opposerait la loi territoriale française qui exige l'incorporation des matériaux, pour que le bâtiment soit immeuble (art. 519); donc une hypothèque consentie sur une construction pareille serait inexistante, car l'hypothèque ne peut être établie que sur des biens immobiliers (art. 2118, et loi hyp. belge, art. 45).

147. Le code Napoléon décide que les matériaux détachés d'un édifice reprennent leur nature mobilière, jusqu'à ce qu'ils aient été employés par l'ouvrier à réparer ou à reconstruire le bâtiment (art. 532). D'après le code néerlandais (art. 563, 4°), au contraire, les matériaux quoique séparés du bâtiment, conservent leur nature immobilière, s'ils ont été détachés avec l'intention de les employer à réparer ou à reconstruire l'édifice. Si un Néerlandais possède une maison en France, et s'il la démolit, pour la reconstruire, les matériaux provenant de la démolition seront-ils immeubles en vertu de sa loi nationale, ou seront-ils meubles d'après le code français? Si les matériaux sont meubles, ils pourront être saisis mobilièrement par les créanciers chirographaires; s'ils sont immeubles, les créanciers hypothécaires pourront s'opposer à la saisie. Le principe du code Napoléon compromet les droits des créanciers hypothécaires, puisque la saisie des meubles pourra empêcher la reconstruction, tandis que si les matériaux conservent leur nature immobilière, les droits des créanciers qui n'ont traité qu'en vue d'une sûreté réelle seront maintenus. La solution de la difficulté ne saurait être douteuse. C'est à la loi territoriale seule de déterminer les conditions de l'immobilisation par incorporation, c'est aussi cette loi qui décidera si les matériaux cessent d'être immeubles quand ils sont détachés du sol, ce qui décide la question. Par contre, si un Français possédait une maison dans les Pays-Bas, et s'il la démolissait

pour la reconstruire, les matériaux destinés à la reconstruction resteraient immeubles et ne pourraient pas être saisis par les créanciers personnels du propriétaire au préjudice des créanciers hypothécaires.

148. Le même principe s'applique à l'immobilisation par destination. Il y a cependant un motif de douter. Peut-on dire que des ustensiles aratoires ou des machines non incorporées au sol font partie du territoire national? Il est certain qu'il s'agit ici d'une fiction; les ustensiles et les machines conservent leur nature mobilière, et l'on en pourrait induire que la théorie du statut immobilier, ou réel, telle que Portalis l'a exposée, est inapplicable. Je réponds que les fictions sont aussi des principes, et que l'interprète en doit tenir compte, de même que si elles étaient fondées sur la réalité des choses. Lors donc que le législateur territorial a décidé que les objets placés sur un fonds par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds, sont *immeubles* (art. 524), et que d'autre part, la loi dispose que les *immeubles*, même ceux possédés par un étranger, sont régis par la loi française (art. 3), l'interprète ne peut pas dire que ces immeubles fictifs ne sont pas des immeubles, et ne tombent par conséquent pas sous l'application du statut réel; il doit accepter la fiction avec ses conséquences. Vainement dit-on que la souveraineté territoriale n'est plus en cause dans des immeubles par destination, et que, par suite, on ne peut pas se prévaloir de la loi territoriale contre la loi personnelle. La souveraineté invoquée par Portalis, si elle est territoriale dans son origine, n'est cependant pas limitée, dans son exercice, aux fonds de terre; en matière de droits privés, la souveraineté n'intervient guère que pour protéger des intérêts individuels; cette protection est un devoir de l'Etat, c'est sa mission essentielle. Or, en déclarant immeubles par destination agricole ou industrielle des choses mobilières affectées au service de l'agriculture ou de l'industrie, le législateur protége les plus grands intérêts économiques que la société puisse avoir, si l'on y ajoute encore le commerce; en ce sens il est vrai de dire qu'en assurant l'exploitation des fonds agricoles, indus-

triels et commerciaux, par l'immobilisation de tout ce qui y est attaché pour leur service, la loi est l'organe de la puissance souveraine, et que ce qu'elle fait, à ce titre, est un exercice de la souveraineté; on peut donc dire, avec Portalis, que la souveraineté de la nation ne serait pas entière si une loi étrangère pouvait déclarer meubles les choses que la loi nationale a déclarées immeubles. Cette considération écarte l'objection que l'on puise dans le caractère fictif de l'immobilisation par destination. La fiction joue aussi un rôle dans l'immobilisation par incorporation : il n'est pas exact de dire, comme le fait le code français que les bâtiments sont immeubles par leur nature; si donc il les considère comme tels, c'est par une fiction. La fiction est plus grande encore, et partant plus contraire à la réalité des choses, quand le code néerlandais déclare immeubles par leur nature des matériaux provenant de la démolition d'un édifice, si le propriétaire a l'intention de les employer à la reconstruction : voilà l'intention, la volonté qui, avant tout travail d'incorporation, immobilise les objets mobiliers. Quoi de plus fictif? Si la loi territoriale est néanmoins applicable, pour déterminer la nature immobilière de ces matériaux, elle doit aussi avoir compétence quand il s'agit de la fiction qui répute immeubles par destination des objets qui, en réalité, restent ce que la nature les a faits, des choses mobilières.

149. Il y a telle fiction qui paraît étrange. Le code Napoléon déclare immeubles par destination les ruches à miel, quand elles ont été placées par le propriétaire sur un fonds agricole, pour l'exploitation de ce fonds. Cette disposition n'a pas été reproduite par le code néerlandais; donc les ruches à miel sont meubles. Quelle loi déterminera si une ruche à miel est mobilière ou immobilière? A mon avis, la loi territoriale. Dans la théorie du code civil, cela ne me paraît pas douteux. En effet, les ruches à miel faisant partie de l'exploitation agricole, sont immeubles dans l'intérêt de l'agriculture, ce qui est un intérêt territorial : en ce sens il faut dire, avec Portalis, que les fonds de terre sont en cause, donc la souveraineté territoriale; partant, c'est la loi territoriale qui décidera si les

ruches à miel sont immeubles ou meubles. Il suit de là que la loi néerlandaise déterminera si les ruches à miel qui se trouvent dans les Pays-Bas sont meubles ou immeubles ; le code néerlandais les déclare meubles ; il en faut conclure qu'il n'a point trouvé qu'il y eût un intérêt de souveraineté territoriale en cause. Mais ici il y a une objection. Il est de principe que le statut des meubles est personnel, et suit la personne ; or, la loi personnelle suit la personne partout où elle se trouve. En conclura-t-on que si un Néerlandais, résidant en France, y possède des ruches à miel, ces ruches seront mobilières en vertu de la loi néerlandaise? Dans l'espèce, la loi personnelle se trouve en conflit avec la loi territoriale ; et comme celle-ci tient à la souveraineté, le droit de la société l'emportera sur le droit de l'étranger ; donc les ruches à miel qu'un Néerlandais possède en France seront immobilières, tandis que celles qu'un Français possède dans les Pays-Bas seront mobilières. On appliquera donc aux ruches qui se trouvent en France les principes qui régissent les immeubles ; elles seront hypothéquées avec le fonds, et ne pourront pas être saisies par les créanciers chirographaires ; tandis que les ruches situées dans les Pay-Bas, étant meubles, pourront être saisies par les créanciers personnels, et ne feront pas partie de la garantie hypothécaire. C'est une contrariété de lois regrettable ; mais si l'on appliquait le principe de la nationalité, on aboutirait à des conséquences également absurdes. Le Néerlandais qui posséderait des ruches en France serait régi par sa loi nationale ; donc les ruches seraient mobilières en France, quoique la loi française les réputé immobilières. Mais vainement le Néerlandais invoquerait sa loi personnelle, on lui répondrait que cette loi est dominée par la loi territoriale, quand cette loi est d'intérêt public ; et qui pourrait nier qu'une loi concernant l'agriculture intéresse la société?

150. Faut-il appliquer les mêmes principes à l'immobilisation par perpétuelle demeure? Ce serait mon avis. Il est vrai qu'à la différence de l'immobilisation agricole, industrielle ou commerciale, c'est le propriétaire qui immobilise plutôt que la loi, de sorte que l'on pourrait

croire que c'est une question d'autonomie, et l'autonomie ne dépend pas des statuts, puisque le propriétaire autonome fait lui-même la loi qu'il lui plaît d'imposer à son fonds. Cela n'est pas tout à fait exact. C'est le propriétaire qui immobilise en attachant des effets mobiliers au fonds à perpétuelle demeure; mais la loi intervient pour déterminer les conditions de l'immobilisation; or, ces conditions sont le principe essentiel dans la matière; vainement le propriétaire manifesterait-il, dans les termes les plus formels, la volonté d'immobiliser; vainement rendrait-il sa volonté publique, elle serait inopérante s'il ne remplissait pas les conditions déterminées par la loi, pour qu'il y ait immobilisation par perpétuelle demeure.

Quelles sont ces conditions et pourquoi le législateur les exige-t-il? Le législateur veut que le propriétaire avertisse les tiers qu'il a immobilisé certains objets mobiliers, en les attachant pour toujours à son fonds. Quels sont ces tiers dont la loi veut sauvegarder les intérêts? Ce sont les tiers créanciers, soit hypothécaires, soit chirographaires; les uns sauront à vue d'œil que des objets mobiliers qui peuvent être d'une grande valeur seront compris dans le gage réel qu'ils stipulent; les autres seront prévenus qu'ils ne peuvent pas compter sur des valeurs en apparence mobilières, puisqu'elles seront affectées par préférence aux créanciers hypothécaires. C'est donc dans l'intérêt du crédit public, et partant de la sécurité des relations civiles et commerciales que la loi définit les conditions de la perpétuelle demeure. Cela me paraît décisif en faveur du statut réel. Il y a un intérêt général en cause, et cet intérêt est territorial, puisqu'il se rapporte aux biens immobiliers qui sont le gage spécial des créanciers hypothécaires. L'article 3 du code civil, qui décide que le statut des immeubles est réel, est donc applicable par analogie à la question de savoir quel statut détermine la nature des choses, immobilière ou mobilière.

151. Faut-il appliquer ces principes à l'immobilisation par destination industrielle ou commerciale? Il y a un motif de douter : l'industrie et le commerce ont pour objet des effets mobiliers; les industriels transforment les

matières premières que le commerce leur fournit, puis les commerçants répandent les produits dans le monde entier. Cela est d'évidence, mais cela n'a rien de commun avec la question que je discute. L'immobilisation par destination industrielle ou commerciale implique l'existence d'un fonds sur lequel sont placés des objets mobiliers destinés au service et à l'exploitation du fonds. Cela suffit pour qu'il y ait statut réel, par application de l'article 3 du code civil; l'immobilisation par destination concerne les immeubles, elle augmente leur valeur, donc le territoire reçoit une extension, en ce sens que son exploitation est améliorée : voilà certainement un intérêt de souveraineté, ou, en termes plus généraux, un intérêt social. Par suite, la société est aussi intéressée à ce que la loi territoriale détermine les conditions et les effets de l'immobilisation, c'est-à-dire que la question de savoir si des effets mobiliers deviennent immeubles par destination est toujours décidée par la loi territoriale. S'il y a conflit entre la loi personnelle du propriétaire et la loi territoriale, celle-ci l'emporte parce que la souveraineté territoriale et l'intérêt public sont en cause.

152. Les droits réels immobiliers n'ont pas de situation; c'est par fiction que la loi les assimile aux immeubles, mais elle met ces immeubles fictifs sur la même ligne que les immeubles par leur nature et les immeubles par destination (art. 517). Il faut accepter la fiction avec ses conséquences. Le droit de propriété dans un fonds de terre est immeuble. Ici il n'y a pas de doute. Si l'article 3 dit que les immeubles sont régis par la loi territoriale, cela veut dire que les droits que l'on exerce dans les immeubles sont régis par la loi de leur situation; c'est donc aussi cette loi qui détermine la nature du droit. Il en est de même des démembrements de la propriété immobilière. Cela n'est guère douteux quand les droits s'exercent dans les fonds de terre ou dans les bâtiments, tels que l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes réelles, l'emphytéose, la superficie ; ces droits démembrent la propriété, voilà pourquoi on les qualifie de droits réels immobiliers ; c'est la loi territoriale qui décide si la

propriété peut être démembrée, et en quel sens ; c'est donc cette même loi qui détermine que ces droits sont immeubles. Un propriétaire pourrait-il constituer, en vertu de sa loi personnelle, une servitude féodale sur des fonds situés en France? Non, l'article 686 défend d'établir sur les propriétés ou en faveur des propriétés des services contraires à l'ordre public ; or, telles sont les servitudes féodales qui, en asservissant les terres, asservissent les personnes ; l'article 638 prohibe formellement ces servitudes, le sol de la France doit être libre comme ses habitants ; la loi étrangère, en démembrant le sol dans l'intérêt d'une classe dominante, asservirait la classe dépendante, et détruirait ou diminuerait la liberté. Cela prouve que les plus graves intérêts de la société sont en jeu quand il s'agit de droits exercés dans les immeubles. Dès lors tout dépend de la loi territoriale, c'est aussi elle qui décide quelle sera la nature de ces droits.

Il y a un droit réel sur la nature duquel il y a controverse en droit français, c'est l'hypothèque : est-il meuble ou immeuble? La loi hypothécaire belge tranche la difficulté en rangeant les priviléges et les hypothèques parmi les droits réels immobiliers (art. 1er); tandis que les interprètes du code Napoléon considèrent l'hypothèque et par suite les priviléges, comme des droits mobiliers. C'est la loi territoriale qui décide la question : le droit d'hypothèque établi sur des immeubles situés en Belgique par un étranger serait immeuble, en vertu de la loi belge, quand même la loi personnelle de l'étranger le qualifierait de meuble. C'est au législateur territorial de déterminer le caractère des droits réels qui s'exercent dans les fonds de terre, et de décider s'ils démembrent ou non le sol. L'article 3 est directement applicable dans ce cas; l'hypothèque, en droit français, ne peut être établie que sur les immeubles; le régime hypothécaire concerne donc les immeubles, et il les concerne au point de vue de l'intérêt social, comme je le dirai plus loin ; tous les motifs concourent donc pour que la loi du territoire détermine la nature et les effets du droit d'hypothèque.

Je crois qu'il en faut dire autant des actions immobi-

lières, c'est-à-dire des droits qui ont pour objet de mettre un immeuble dans la main de celui à qui le droit appartient (n° 135). Les jurisconsultes romains assimilaient l'action à la chose même. *Qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*. Il s'ensuit que ces droits s'identifient avec les immeubles, ce qui rend l'article 3 applicable. Dans les pays de droit romain, l'action de l'acheteur est immobilière, puisqu'elle tend à lui transmettre la propriété d'un immeuble; dans les pays de droit français, l'action est mobilière si la vente a pour objet un immeuble déterminé, puisqu'elle ne tend qu'à la délivrance, c'est-à-dire, à la prestation d'un fait, tandis qu'elle sera immobilière si la vente a pour objet un immeuble indéterminé, parce que, dans ce cas, elle tend à la translation de la propriété. Quelle est la loi qui règle la nature de l'action? Est-ce la loi personnelle des parties, ou est-ce la loi territoriale? Je reviendrai sur la question au titre des *Obligations*.

Il y a des cas où le droit semble dépendre uniquement de la volonté des parties, et relever par conséquent de l'autonomie plutôt que du statut. Telle est l'action en résolution d'une vente immobilière; en effet, l'action naît de la condition résolutoire expresse ou tacite, donc de la volonté des contractants. Mais la résolution de la vente n'intéresse pas seulement le vendeur et l'acheteur, elle réagit contre les tiers dont les droits seront résolus par suite de la résolution de la vente; elle bouleverse donc les relations civiles et rend la propriété incertaine. Les économistes en ont conclu que le législateur devait prohiber la condition résolutoire, l'intérêt général devant toujours l'emporter sur l'intérêt privé.

Le code Napoléon s'est prononcé pour le droit du propriétaire, sans tenir compte de l'intérêt des tiers, ni par conséquent du droit de la société. Tout dépend de la volonté des parties contractantes. Que la condition résolutoire soit expresse ou tacite, elle réagit contre les tiers, au risque de jeter le trouble dans les relations civiles. La loi hypothécaire belge, tout en maintenant le droit du propriétaire, a sauvegardé l'intérêt des tiers et, par suite, l'intérêt de la société, en prescrivant la publicité de la

condition résolutoire (art. 28). Ici le statut territorial reprend son empire.

Les actions en nullité et en rescision, quand elles ont pour objet un immeuble, sont immobilières, et sont régies, en conséquence, par le statut de la situation, en ce sens que c'est au législateur territorial de décider si l'action en nullité ou en rescision doit être admise. La nullité et la résolution, quoique procédant de causes diverses, produisent des effets analogues, elles jettent le trouble dans les relations civiles en rendant la propriété incertaine et en entravant les transactions. En matière de nullité, comme en matière de rescision, le code civil ne tenait aucun compte de l'intérêt des tiers. La loi hypothécaire belge a comblé la lacune, d'abord en prescrivant la publicité pour toute transmission de droits réels immobiliers, puis en ordonnant que les actions en nullité ainsi que les demandes en résolution soient rendues publiques (art. 1er, 3 et 4). Le statut de publicité est essentiellement territorial; j'en parlerai plus loin.

N° 3. DES MEUBLES.

153. Tous les anciens auteurs disent que les meubles suivent la personne et qu'ils sont régis par la loi personnelle. Quelle est cette loi? La tradition ne donne pas de réponse certaine à la question, et l'incertitude qui règne sur le principe rejaillit sur la difficulté que j'examine dans cette Étude préliminaire : comment savoir quelle loi décide la nature des meubles, quand on ne sait pas quelle est la loi qui régit les meubles? Est-ce celle du domicile du propriétaire? ou est-ce sa loi nationale? Y a-t-il des cas où la loi de la situation doit être appliquée? Tout est incertain dans la tradition, et l'incertitude s'est transmise au droit moderne.

Dans l'ancien droit, on disait que les meubles n'ont pas de situation. Il est vrai qu'ils n'ont pas de situation fixe, immuable, comme les immeubles; toujours est-il que les meubles avaient une assiette dans le lieu d'où on les transporte, et ils acquièrent une assiette nouvelle dans le lieu

où ils sont transportés. Les anciens auteurs en concluent que les meubles sont régis par la loi de la personne qu'ils suivent. Quand arrive-t-il que les meubles sont transportés d'un lieu à un autre? Lorsque le propriétaire change de domicile. Voilà pourquoi on disait, dans l'ancien droit, que les meubles sont régis par la loi du domicile de celui à qui ils appartiennent. Si réellement les meubles se trouvent là où la personne a son principal établissement, leur situation coïncide avec le domicile; on peut donc dire que les meubles sont régis par la loi de leur situation. Mais il se peut que le propriétaire change de domicile en laissant ses meubles dans le lieu qu'il quitte. Dans l'ancien droit, on décidait néanmoins que les meubles étaient régis par le domicile du propriétaire; la loi du domicile l'emportait sur la loi de la situation. Pourquoi? Les uns disaient que la loi de la personne était aussi celle des meubles; or, dans l'ancien droit, le domicile déterminait la loi personnelle; d'où la conséquence que la loi personnelle régissait les meubles, alors même qu'ils ne se trouvaient pas au domicile. D'autres disaient que les meubles, quelle que fût leur situation réelle, étaient censés se trouver au domicile du propriétaire, et cette situation fictive l'emportait sur la réalité des choses. Si l'on admet la fiction, il faut admettre la conséquence qui en résulte : la loi du domicile décidait également quelles choses étaient mobilières et, par suite, étaient censées s'y trouver.

Faut-il suivre le même principe dans notre droit moderne? Cela est douteux, parce que la tradition même est incertaine. Dans cette incertitude, on doit, me semble-t-il, s'en tenir à la situation réelle plutôt qu'à la situation fictive, car nous ignorons absolument si les auteurs du code ont voulu maintenir cette fiction avec ses conséquences. La souveraineté n'est plus en cause; l'article 3, tel qu'il a été interprété par Portalis, ne concerne que la souveraineté du territoire, c'est-à-dire celle qui s'exerce sur les immeubles. Il ne reste d'autre principe que l'intérêt général ou le droit de la société. On peut invoquer, à la rigueur, la disposition de l'article 3 concernant les lois de police, en prenant le mot *police* dans sa plus large acception,

comme désignant la protection des intérêts individuels.

154. Je vais essayer de justifier ce principe dans son application aux meubles corporels. L'article 2279 établit la règle que les meubles corporels ne peuvent pas être revendiqués. Quelle loi déterminera les choses qui sont meubles? Je dis que c'est la loi de la situation, parce que la maxime de l'article 2279 a été introduite dans l'intérêt du commerce, ce qui est un des grands intérêts de la société. Or, pour que cet intérêt soit sauvegardé, il faut que la loi du lieu où les choses se trouvent décide si elles sont mobilières; en effet, les tiers contractent en vue de la loi locale qu'ils connaissent, et non de la loi du domicile qu'ils ignorent. Je suppose que le propriétaire, domicilié dans les Pays-Bas, possède un bâtiment situé en France; il le démolit avec l'intention de le reconstruire; d'après le droit français, les matériaux redeviennent meubles; d'après le droit néerlandais, ils conservent leur nature immobilière. Ceux qui contractent en France avec le propriétaire doivent savoir si les objets sont mobiliers ou immobiliers. C'est la loi locale qui le leur apprendra et non la loi du domicile. On ne pourrait pas leur opposer la loi néerlandaise pour les empêcher de saisir des choses que la loi du domicile déclare, à la vérité, immeubles, mais que la loi de la situation considère comme meubles. De même, les créanciers hypothécaires néerlandais ne pourraient pas prétendre que leur hypothèque porte sur les matériaux en vertu de la loi du domicile; car ce n'est pas la loi du domicile étranger qui décide quels biens sont immeubles en France.

155. Les priviléges mobiliers et les priviléges immobiliers sont régis par des principes différents, que j'exposerai plus loin. Si un ouvrier répare des matériaux détachés d'un bâtiment, il aura un privilége sans être tenu de le rendre public, mais il n'aura pas le droit de suite : telle est la loi française. Au contraire, si l'on applique la loi néerlandaise, le privilége sera immobilier; l'ouvrier ne pourra l'exercer que s'il a rempli les formalités prescrites par la loi territoriale pour l'acquisition du privilége et pour sa conservation. Quelle est la loi qui déterminera

la nature de la chose grevée de privilége, et, par suite, la nature du privilége? C'est la loi de la situation; dans l'espèce, la loi française. L'intérêt des tiers créanciers l'exige; ce qui décide la question, à mon avis.

156. Les époux se marient sous le régime de la communauté légale; les meubles y entrent d'après la loi française, les immeubles en sont exclus. Quelle loi déterminera la nature mobilière ou immobilière des biens? Est-ce la volonté des parties? Non, la loi établit la classification des biens, et elle le fait dans un intérêt général, ce qui exclut l'autonomie, et cette loi est celle du territoire. En effet, l'intérêt des tiers est en cause, et cet intérêt se confond avec l'intérêt de la société; donc avec la souveraineté, en prenant la souveraineté dans le sens qu'on lui donne aujourd'hui. Je dis que la composition de la communauté intéresse les tiers; si c'est une société d'acquêts, l'usufruit de tous les biens des époux, meubles et immeubles, entre en communauté, par conséquent, les créanciers de la femme n'ont d'action que sur la nue propriété de ses biens, sans avoir d'action contre la communauté, puisque les dettes des époux n'entrent pas dans le passif; le mari peut même devenir propriétaire des meubles de la femme, si ce sont des choses consomptibles, ou livrées sur estimation. La classification des biens intéressant les tiers est, par cela même, d'intérêt général; donc c'est la loi du territoire où les biens se trouvent qui doit déterminer leur nature.

157. Les droits mobiliers jouent un rôle plus considérable dans les relations juridiques que les meubles corporels; la plus grande partie de la fortune des citoyens consiste dans ces valeurs. Il n'y a pas de difficulté pour les droits réels mobiliers. La propriété des choses mobilières prend la nature des biens dans lesquels elle s'exerce, partant, la loi qui détermine la nature des choses corporelles détermine, par voie de conséquence, la nature de la propriété de ces choses. Il en est de même des droits réels qui s'exercent dans les choses mobilières, usufruit et priviléges; les démembrements de la propriété sont régis par les principes qui régissent la propriété entière. La

situation des meubles grevés d'un droit réel détermine leur nature, en ce sens que c'est à la loi de la situation de régler cette matière qui concerne l'intérêt des tiers, et, partant, les droits de la société.

On peut en dire autant des droits à une chose mobilière et des actions qui en résultent, quand le droit tend à mettre un meuble déterminé dans les mains de celui à qui il appartient. En déterminant la nature mobilière des objets, la loi décide en même temps quelle est la nature des droits à ces choses. La question est au fond identique, ainsi que la solution.

158. La difficulté commence quand il s'agit de créances qui sont purement personnelles; par eux-mêmes, ces droits n'ont pas de situation, et ils n'en ont pas par l'objet auquel ils s'appliquent, puisque cet objet est indéterminé. Puisque le principe de la situation fait défaut, il ne reste que celui de l'intérêt social qui détermine le caractère des lois, ainsi que des droits qu'elle crée ou qu'elle sanctionne. Cette considération se rapporte encore indirectement à la souveraineté, qui est le fondement des statuts réels; car la loi intervient en cette matière pour sauvegarder et protéger des intérêts individuels; c'est ce qu'on appelle des lois de police, en prenant ce mot dans le sens large qu'il a dans les sciences politiques; dès lors, c'est la loi territoriale qui règle cette matière. Je vais parcourir les divers droits mobiliers que j'ai énumérés d'après le code Napoléon.

L'article 529 répute meubles les actions ou intérêts dans les sociétés auxquelles la loi accorde la personnification civile; la nature des droits appartenant aux associés dans une société qui possède des immeubles est toute différente, suivant que la société est ou non une personne civile (n° 139). Il importe donc beaucoup de savoir quelle loi détermine la personnification et sous quelles conditions les associés peuvent l'obtenir. Les lois diffèrent à cet égard : ici il faut une autorisation du gouvernement, là la personnification dépend de la nature de la société et des conditions exigées par la loi. La nature des droits des associés dépendant de la personnification, et celle-ci étant

réglée par la loi territoriale, il faut décider que c'est la loi française qui réglera cette matière, quant aux sociétés formées en France, de même que la loi anglaise réglera la personnification et les droits des associés dans les sociétés formées en Angleterre. Il y a ensuite à déterminer quelles choses sont mobilières ou immobilières; ce règlement dépend de la même loi qui constitue les sociétés en personnes civiles et leur permet en conséquence de posséder des immeubles. Tout, en cette matière, est d'intérêt général, ce qui exclut l'autonomie des parties. Quant aux difficultés qui résultent de la nationalité des parties, je les renvoie à l'Etude que je consacrerai aux Obligations.

L'article 529 dispose que, sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères. Parmi ces rentes sont comprises celles dont parle l'article 530 (n° 140); on les appelle rentes foncières, mais elles n'ont plus rien de commun avec les rentes foncières de l'ancien droit; celles-ci étaient immeubles, et le droit du crédirentier était réel, comme constituant un démembrement de la propriété de l'immeuble grevé de la rente; tandis que les rentes de l'article 530 sont meubles et constituent un droit de créance, de même que les rentes constituées qui sont établies par un contrat de prêt (art. 1909). Quelle loi déterminera la nature de la rente? Dans l'ancien droit, les rentes foncières étaient immeubles; et on réputait aussi, en général, immobilières, les rentes constituées. Ce droit existe encore dans les pays régis jadis par le droit coutumier français et qui ont été détachés de la France avant la codification de 1804. Il en est de même d'après d'autres législations. Naît la question de savoir quelle loi déterminera la nature des rentes foncières ou constituées. Sur ce point il ne saurait y avoir un doute : c'est la loi territoriale. Là où la rente foncière est immeuble, il ne dépendrait pas des contractants de déclarer meuble une rente que la loi du territoire assimile au fonds de terre dont la vente a servi à la constituer. Et si le législateur a assimilé la rente constituée à la rente foncière en l'immobilisant, cette fiction aussi s'impose aux contractants : c'est pour maintenir les biens dans les

familles que l'ancien droit immobilisait les rentes constituées, donc par une considération d'intérêt social, ce qui est décisif. Par identité de motif, les rentes créées en France seront immobilières; les parties ne pourraient pas convenir qu'elles seraient immobilières. Les principes différents qui régissent les meubles et les immeubles tiennent tous à l'intérêt social, ce qui écarte absolument l'autonomie des contractants. Et cette considération empêche aussi d'appliquer la loi nationale des parties.

159. J'aboutis à la conclusion que la loi territoriale règle la nature mobilière et immobilière des choses, de même que c'est elle qui établit les principes différents auxquels sont soumis les meubles et les immeubles. Ma raison de décider est que ces règles sont d'intérêt général; en ce sens elles tiennent à la souveraineté, puisqu'il appartient à la puissance souveraine de régler tout ce qui concerne les intérêts et les droits de la société. En le décidant ainsi, je me conforme à l'esprit de la tradition française, en ce qu'elle a de légitime et de rationnel. On disait dans l'ancien droit que les coutumes sont réelles, et l'on entendait par là qu'elles sont souveraines. Rien de plus vrai si, par souveraineté, on entend une puissance qui dirige et qui protége; ce qu'elle fait à ce titre, elle a le droit et le devoir de le faire; dès lors ses prescriptions doivent l'emporter sur les lois personnelles des étrangers : il serait contraire à toute raison qu'une loi étrangère décidât en France ce qui est d'intérêt général.

Cette conclusion est à peu près la doctrine des Anglo-Américains, mais les motifs sur lesquels je me suis fondé sont loin d'être ceux que Story invoque. La *common-law*, dit Story, détermine tout ce qui est immeuble, ou, comme elle s'exprime, ce qui a la *saveur de la réalité*. On voit déjà que la *réalité* est tout et que la personnalité n'est rien. Toute coutume est réelle, disait-on au moyen âge. Story dit la même chose en d'autres termes : chaque nation a le droit de réglementer les biens qui se trouvent sur son territoire, à sa guise; et ce qu'elle dispose, j'allais dire, d'après son bon plaisir, ne peut être changé ni altéré en quoi que ce soit par une loi étrangère. La question que j'ai si longue-

ment discutée, se réduit pour les Anglo-Américains à des termes très simples : il ne s'agit pas de savoir si une chose est mobilière de sa nature ou si la loi doit la considérer comme telle, comme je me suis efforcé de le faire; la décision ne demande pas une discussion si longue, il suffit de savoir ce que la loi territoriale décide. Si la loi territoriale dit que la chose fait partie du sol, ou y est annexée, comme disait la *common-law*, elle est immeuble, j'ajouterai sans qu'il y ait à demander la raison de ce changement de nature que la loi opère. La loi de la situation répond à toutes les difficultés (1). J'en demande pardon à Story, qui est un excellent juriste : le droit ainsi matérialisé ne mérite plus le nom de science.

CHAPITRE II. — Du statut mobilier.

§ Ier. *Le principe.*

160. L'opinion commune dans l'ancien droit français était que les lois qui régissent les meubles forment un statut personnel. Ce principe est-il consacré par le code civil? Le texte est muet : le silence de la loi implique-t-il que le législateur a entendu maintenir le droit traditionnel? Cela est controversé. Merlin se prononce, non sans hésitation, pour la fiction traditionnelle. Malgré sa grande autorité, cette opinion n'a pas été universellement reçue. La réalité du statut des meubles a trouvé des partisans. Pourquoi, dit-on, ne pas appliquer par analogie aux meubles ce que le code civil dit des immeubles? La raison de décider est identique : si la souveraineté est absolue, comme on le dit, et indivisible, elle doit gouverner toutes choses et toutes personnes. Ce système ne tient aucun compte de la tradition, dans une matière traditionnelle, ce qui suffit pour le rejeter. On a émis une troisième opinion, celle de l'intérêt français, qui se décide d'après la réciprocité; il est inutile de s'y arrêter, puisqu'elle n'a

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 568, § 447 (7e édition).

aucun appui ni dans la tradition, ni dans l'esprit de la loi.

En admettant même la personnalité du statut mobilier, tout doute ne disparaît pas. On demande quel est ce statut? est-ce celui du domicile de la personne? ou est-ce sa loi nationale? C'est le sujet d'une nouvelle controverse sur laquelle je dois revenir.

161. Tout est donc doute et controverse. J'ai exposé ailleurs en détail ce que je viens de résumer (1). Un jeune écrivain, M. Barde, dans une excellente dissertation sur la *théorie traditionnelle des statuts*, reproche aux auteurs modernes d'avoir négligé la tradition, à ce point qu'ils s'en sont entièrement écartés. En effet, ils affirment, dit-il, comme des axiomes les deux propositions suivantes : 1° les universalités mobilières sont seules régies par le statut personnel; 2° quant aux meubles pris individuellement, ils sont gouvernés par la loi de leur situation matérielle. Cette distinction n'a jamais été proposée par nos anciens jurisconsultes. Ils enseignaient que les meubles étaient toujours soumis à la loi du domicile de leur propriétaire, sauf les exceptions exigées par l'ordre public, lesquelles pouvaient entraîner l'application du statut de l'assiette effective. La théorie du statut personnel aboutit à de nouvelles incertitudes. Sur quoi repose-t-elle? Ce n'est pas sur la tradition, car celle-ci n'établit pas le principe que les meubles sont régis par le statut personnel, elle les soumet à la loi du domicile. Si c'était la loi personnelle, il faudrait dire aujourd'hui que la loi nationale décide toutes les difficultés que présente l'application du statut des meubles; tandis que la tradition veut que l'on s'en tienne toujours au domicile. On voit que toute la théorie du statut mobilier est en cause dans ce débat (2). Il nous faut donc remonter à la tradition.

162. Story, qui interroge toujours la tradition avec un soin minutieux, constate que, tout en étant d'accord sur le principe que les meubles suivent la personne, les anciens jurisconsultes étaient divisés sur le fondement de

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 312, nos 169-181.
(2) Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 110 et suiv. (1880).

leur doctrine; les uns restaient fidèles au principe qui réputait toute coutume réelle; ils l'appliquaient aux meubles comme aux immeubles; mais comme les meubles n'ont pas de situation fixe, ils recouraient à une fiction pour lui en attribuer une; de là la maxime que les meubles sont censés se trouver au domicile de la personne; en leur attribuant une situation, fictive à la vérité, ils leur assignaient par cela même une loi, le statut du domicile. D'autres rejetaient cette fiction, la situation ne pouvant être que réelle, et puisque les meubles n'ont pas de situation, il fallait s'en tenir à la loi de la personne à laquelle les meubles sont attachés comme un accessoire; la loi des meubles s'identifiait ainsi avec celle de la personne (1). Cette différence dans les motifs, dit Story, était plus nominale que réelle, puisque les deux écoles aboutissaient à la même conséquence, à savoir que les meubles sont gouvernés par le statut du domicile. Cela n'est pas tout à fait exact. D'abord, les deux écoles, en différant de motifs, différaient de principe, comme je vais le prouver. Si le statut mobilier dépend du domicile où les meubles ont une situation fictive, le statut est réel, et il reste réel dans notre droit moderne; tandis que s'il dépend de la personne, il est personnel; or, ce statut, qui jadis dépendait du domicile, dépend aujourd'hui de la nationalité.

163. Story cite d'abord Paul Voet. Réaliste en tout, il est resté fidèle à sa doctrine dans la question du statut mobilier : les meubles, dit-il, sont régis par la loi du domicile, parce qu'ils sont censés se trouver là où le propriétaire a établi le siége de ses affaires. Cela est admis ainsi *per juris intellectum*, c'est-à-dire par une *fiction de droit* (2). La situation des meubles est réelle, quoique ambulatoire : pourquoi transformer une assiette véritable, bien que changeante, en une situation fictive? Il le fallait ainsi dans le système de Voet, qui rejette tout statut personnel; et si le statut mobilier n'est pas un statut personnel, il doit être réel, et, à ce titre, il dépend de la situation; or, une assiette ambulatoire est une contradic-

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 475, § 377 (7e édition).
(2) P. Voet, *De statutis*, IV, 2, 6.

tion dans les termes; elle doit être fixe, et elle ne l'est que si on la rattache au domicile. L'argumentation cloche, car le domicile est aussi changeant; autant valait s'en tenir à la situation réelle des objets mobiliers.

Rodenburgh abonde dans ces idées. Il nie formellement que le statut des meubles est personnel; il est réel, en ce sens qu'il dépend de la situation, aussi bien que le statut des immeubles; seulement leur situation est fictive; ils sont censés se trouver là où le propriétaire a son principal établissement (1).

Boullenois, dont le Traité n'est qu'un commentaire de Rodenburgh, reproduit cette doctrine. Je transcris ses paroles. « Rodenburgh veut que les meubles suivent la loi du domicile, et c'est le langage de tous nos auteurs : *Mobilia sequuntur personam*. La raison de cette maxime est qu'*ordinairement* les meubles *in usum familiæ comparata sunt*. » Voilà un frêle fondement pour la théorie de la réalité. Rodenburgh écrivait dans un pays commerçant : est-ce que les denrées coloniales entassées dans les magasins d'Amsterdam servent aux besoins personnels du négociant qui ne les achète que pour les revendre? Boullenois continue : « Notre auteur, en admettant cette maxime, *mobilia sequuntur personam*, la regarde comme *réelle*, en ce qu'elle donne aux meubles une *assiette* dans le *domicile* du propriétaire. Il est vrai que cette *assiette* n'est pas *fixe* et *immuable* comme celle des *fonds de terre*, parce que les meubles ne sont dans un lieu qu'autant qu'il plaît à celui qui en est le propriétaire d'y demeurer; mais, du moins pendant ce temps, ils ont une assiette. »

Boullenois arrive à la question de savoir si le statut du domicile est *réel* ou *personnel*. « La question, dit-il, paraît assez indifférente, puisque c'est toujours la loi du domicile qui en décide; cependant notre auteur se détermine à dire que les meubles sont régis à raison de l'*assiette* qu'ils sont présumés avoir dans le *lieu du domicile*; et je crois cette décision très exacte et conforme à ce que dit Charles

(1) Rodenburgh, *De divers. stat.*, tit. Ier, chap. II, à la fin.

Dumoulin (1). Boullenois se décide pour la réalité du statut sur l'autorité de Dumoulin, et Dumoulin se borne à dire que le statut des meubles est au domicile, parce que les meubles sont censés y être. C'est dire que le statut est réel par une fiction, mais ce n'est pas donner la raison de la fiction.

164. D'Argentré, le plus profond jurisconsulte du seizième siècle, avec Dumoulin, dit, au contraire, que les meubles reçoivent, en toutes choses, la loi de la personne; la raison en est qu'ils n'ont pas de situation. Il faut donc dire que le statut des meubles est vraiment personnel, et dépend du domicile, comme tout statut personnel; de sorte que la loi du domicile les gouverne partout où ils se trouvent, de même que la loi personnelle suit la personne partout. D'Argentré conclut en posant comme règle indubitable que les meubles reçoivent leur loi, non du lieu, mais de la personne (2).

Cette opinion était partagée par beaucoup d'auteurs, et d'abord par un jurisconsulte belge qui jouissait d'une grande réputation et qui la mérite. Bourgoingne dit que c'est une question très controversée de savoir dans quel lieu sont situés les meubles, et par suite par quel statut ils sont régis. Il est d'avis que le statut est purement personnel (*mere personale*), en ce sens que les meubles suivent la loi de la personne. Dès qu'une personne a un domicile, elle a aussi un statut qui est celui de ce domicile, et ce même statut régit les meubles, puisque le statut des meubles se confond avec celui de la personne. En ce sens le statut mobilier est personnel; c'est toujours le statut du domicile qui gouverne les meubles, peu importe que les effets mobiliers y soient ou non. Le propriétaire conserve son domicile et son statut personnel, jusqu'à ce qu'il ait transporté son principal établissement ailleurs. De même les meubles continuent à être régis par la loi du domicile jusqu'à ce que ce domicile soit remplacé par un autre (3).

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 938-940, et 223, 224.
(2) D'Argentré, sur la *Coutume de Bretagne*, art. 218, glose 6, n° 30, p. 654.
(3) Burgundus, *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, II, 20 et 21 (Opera, p. 21).

Hert et Huber, que les Anglo-Américains et les Italiens aiment à citer, suivent l'opinion de Bourgoingne et de d'Argentré. Hert établit comme règle que des meubles ne sont pas contenus dans un lieu déterminé, qu'ils reçoivent leur loi de la condition de la personne (1). C'est dire que le statut des meubles ne saurait être réel, car ce statut équivaut à celui de la situation. Huber est tout aussi affirmatif; on dirait qu'ils énoncent des axiomes mathématiques. Les statuts réels concernent le territoire; or les meubles n'ont aucun rapport avec le territoire, ils n'ont de relations qu'avec la personne, partant ils doivent être soumis à la loi qui gouverne la personne (2).

165. La tradition n'est pas aussi précise que Story le croit. Il cite le président Bouhier parmi les partisans du principe de la personnalité du statut mobilier. Barde, au contraire, le range parmi les jurisconsultes qui enseignaient que le statut des meubles est réel. Il faut l'entendre. Son point de départ n'est pas la réalité du statut mobilier, c'est plutôt la personnalité : « On ne doute pas que les statuts qui règlent les *droits des personnes* ne soient *personnels;* partant on ne peut pas raisonnablement attribuer une autre qualité aux statuts qui regardent les choses attachées à ces mêmes personnes; car ce sont des espèces d'accessoires qui doivent suivre la nature du principal dont elles dépendent. » Voilà bien la théorie de d'Argentré.

Après avoir posé son principe, Bouhier en déduit la conséquence : « Les meubles n'ont pas d'assiette fixe, ils se transportent d'un lieu dans un autre, suivant qu'il plaît aux propriétaires; par suite, on suppose par une *espèce de fiction* qu'ils sont comme adhérents à leur personne. » Voilà la *fiction* qui reparaît, mais Bouhier ne dit pas que la *fiction* attache les meubles au *domicile*, ce qui eût abouti à *réaliser* le statut mobilier; il dit que la *fiction* attache les meubles à la *personne*, ce qui fait que le statut est personnel. La fiction de Bouhier diffère donc de la fiction de Boullenois; cela explique comment il arrive à une conséquence différente. Il rattache à sa fiction la

(1) Hertius, *De Collisione legum*, § IV, n° 6.
(2) Huberus, *De Successione ab intestat*, n° 21.

maxime que *meubles suivent le corps ou la personne;* en sorte qu'à l'exception d'un petit nombre de cas, ils ont pour règle les mêmes lois que leurs *maîtres*, c'est-à-dire celle de leur *domicile*.

On voit que chez Bouhier la loi du *domicile* n'est pas celle de la *situation fictive des meubles;* il combat, au contraire, la fiction qui répute les meubles situés au domicile; je cite ses paroles, elles sont considérables dans notre débat : « Il s'est trouvé néanmoins, dit-il, un petit nombre de jurisconsultes qui, en avouant que les meubles sont régis par la coutume du domicile du propriétaire, ont cru devoir nier que les statuts qui les concernent soient personnels; car, disent-ils, s'ils suivent le domicile, ce n'est que parce qu'on *feint* qu'ils sont tous dans le *lieu* du *domicile* ». L'opinion qu'il combat était professée par un petit nombre d'auteurs; il cite P. Voet, Rodenburgh et Boullenois; l'opinion générale était pour la personnalité du statut mobilier. Ecoutons maintenant la réponse qu'il fait à nos trois statutaires. Bouhier s'étonne de ce que le magistrat hollandais déclare le statut réel, après qu'il est convenu ailleurs que les actions mobilières étaient censées *attachées aux os du créancier*. Le principe a aussi été adopté par Boullenois, après Dumoulin, et il rend indubitable la personnalité des statuts qui regardent ces sortes d'effets, et par conséquent des meubles en général, puisque les actions ne sont qu'une espèce de meubles.

166. Bouhier donne tout à la personnalité; il est naturel qu'il se prononce aussi pour le statut personnel des meubles. Voici un excellent jurisconsulte qui enseigne qu'aucun statut n'a effet hors du territoire. Jean Voet dit que cela est absolument incompatible avec la notion de la souveraineté : absolue chez elle, elle est par cela même sans autorité aucune hors de son territoire. Cependant on dit communément que le statut des meubles les régit partout, et dans toutes les matières, qu'il s'agisse de successions, de testaments, de contrats ou de tout autre fait juridique. Voet ne dit pas qu'il approuve cette opinion,

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXV, nos 1-4 (Œuvres, t. Ier, p. 700).

il cherche seulement à la concilier avec sa théorie de la souveraineté limitée au territoire. Par une fiction de droit, pour mieux dire, une présomption, on suppose que les meubles qui, de leur nature n'ont pas de situation et ne sont attachés à aucun lieu déterminé, sont, par cela même, à la disposition du maître, lequel peut toujours à sa volonté les transporter au lieu où il a son principal établissement, et où il a besoin des effets mobiliers, qui ne lui procurent d'utilité que lorsqu'ils sont sous sa main; de là on induit, par voie de conjecture, que le propriétaire veut que ses meubles soient censés se trouver au lieu de son domicile, et qu'ils sont par conséquent régis par la loi du domicile. Cette justification ne satisfait point l'esprit rigoureux du jurisconsulte hollandais; il fait une objection que Merlin a répétée, et qui est réellement insoluble. Que la situation des meubles au domicile du maître soit une fiction ou une présomption, toujours est-il qu'il faut une loi pour créer une présomption ou une fiction; dans l'espèce, on veut que la même fiction ou présomption ait effet partout; il faudrait donc qu'elle fût établie par un législateur unique, commun à toutes les nations; or c'est là une fiction impossible, le conflit des lois implique, au contraire, des législateurs différents. On voit que Voet n'admet pas l'opinion d'une fiction qui aurait cours dans le monde entier, là, dit-il, où le soleil se lève et là où il se couche ; c'est par courtoisie que les diverses nations permettent l'application réciproque des statuts qui concernent l'état et la capacité des personnes et, par conséquent aussi, les effets mobiliers attachés au maître. Mais, précisément parce que c'est condescendance plutôt que droit, la règle reçoit des exceptions dès que l'Etat où on l'invoque a intérêt à l'écarter : la courtoisie, comme je l'ai dit bien des fois dans le cours de ces Etudes, n'est autre chose que la doctrine de l'intérêt.

167. L'enquête que je fais pourrait encore être étendue; mais je la trouve déjà trop longue. L'article 3 du code civil a consacré la tradition française; or pour les auteurs du code, cette tradition se résume dans Pothier. Malheureusement Pothier ne s'est guère occupé de la

théorie des statuts, il en dit quelques mots dans son Introduction aux coutumes; c'est peut-être là la raison du laconisme excessif du code civil dans une matière qui avait soulevé tant de débats. Mais enfin les quelques lignes de Pothier suffisent.

« Pour savoir, dit Pothier, à l'empire de quelle coutume une chose est sujette, il faut distinguer celles qui ont une situation véritable ou feinte, et celles qui n'en ont aucune. » Cette expression de *situation feinte* semble rappeler la *fiction* qui réputait les meubles situés au domicile du propriétaire; il n'en est rien. Pothier parle des droits réels que nous avons dans un héritage; un droit n'a pas de situation, sinon par fiction; comme les héritages ont une situation réelle, on a attribué par analogie ou par fiction la même situation aux droits que nous avons dans les fonds de terre, ou maisons. Quant aux meubles, Pothier dit qu'ils n'ont aucune situation. N'ayant pas de situation, pas même fictive, on ne peut pas dire que les meubles sont régis par la loi de leur situation. Pothier dit qu'ils suivent la personne à laquelle ils appartiennent; les choses mobilières sont par conséquent régies par la loi ou coutume qui régit cette personne, c'est-à-dire par celle du lieu de son domicile (1). Ainsi la loi du domicile régit les meubles, non parce que les meubles y sont censés situés, puisqu'ils n'ont pas de situation, mais parce qu'ils suivent la loi de la personne.

Ne serait-ce pas là la doctrine que les auteurs du code civil ont maintenue implicitement dans l'article 3? Nous en avons la preuve dans les travaux préparatoires. J'ai cité bien des fois le *Livre préliminaire*, qui ouvrait le code civil; il contenait une disposition ainsi conçue (tit. IV, art. 5) : « Le mobilier du citoyen français résidant à l'étranger est réglé par la loi française comme sa personne. » C'est la reproduction pour les meubles de la règle établie par l'article 3 pour les personnes : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger. » Le

(1) Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, nos 23 et 24.

principe est identique : c'est un seul et même statut qui régit les meubles et les personnes. Le *Livre préliminaire* fut retranché, parce que les principes qu'il consacrait appartenaient à la doctrine ; le législateur ne conserva que quelques règles sur les lois, qui forment l'objet du titre préliminaire. Pourquoi n'admit-il pas l'article concernant le statut des meubles? On ne le sait. Toujours est-il que l'on ne peut en induire que le code civil aurait rejeté une règle qui était universellement admise dans l'ancien droit, alors qu'il maintient le droit traditionnel. Cela n'aurait pas de sens. Ma conclusion est donc que la règle formulée par le *Livre préliminaire*, d'après Pothier, est aussi celle du code civil.

168. Je reviens à la question qui a provoqué cette longue enquête sur la tradition. Il est certain que l'on n'y trouve pas une trace de la distinction que les auteurs modernes font entre les meubles considérés individuellement et l'universalité du mobilier. Il y a une autre difficulté. Les meubles sont soumis au statut personnel : quel est ce statut? est-ce celui du domicile ou est-ce la loi nationale? Dans l'ancien droit, le statut personnel dépendait du domicile; sur ce point les auteurs du code ont dérogé à la tradition, en remplaçant le domicile par la nationalité. Cela est assez généralement admis pour le statut qui régit l'état des personnes ; le texte même du code le dit, puisque l'article 3 parle des *Français*. En faut-il conclure que cette innovation doit être étendue au statut des meubles ? J'ai soutenu cette opinion dans l'exposé des principes généraux de notre science (t. II, n° 173). Les deux statuts n'en faisant qu'un seul, il paraît naturel d'appliquer aux meubles ce que le code dit des personnes. C'est cette induction que M. Barde a vivement combattue (1). Il a soutenu que la tradition n'a pas le sens que je lui donne; si elle fait dépendre du domicile la loi qui régit les meubles, c'est parce que les meubles étaient censés situés au lieu du domicile, par suite d'une fiction de droit ; il en résultait que le statut des meubles était réel ; partant, il

(1) Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 110-134.

n'est pas affecté par l'innovation que le législateur français a apportée au statut personnel. Les longs développements dans lesquels je viens d'entrer prouvent que la tradition est favorable à la personnalité du statut, et le *Livre préliminaire* la consacrait. Qu'importe que ce *Livre* n'ait pas été adopté? Il n'en constate pas moins l'esprit dans lequel le code civil a été rédigé.

Si, laissant de côté la question historique, on se demande quel est le système le plus rationnel, celui d'un statut réel fondé sur une situation fictive des meubles, ou le statut personnel déterminé par la nationalité du propriétaire, il faut, sans doute aucun, se prononcer en faveur du principe du statut national. La fiction imaginée par quelques statutaires pour en induire la réalité du statut mobilier est contraire à la raison de droit, et en opposition avec le bon sens. C'est Jean Voet, le plus logique des réalistes, qui en a fait l'observation, en répudiant la doctrine enseignée par son père, pour lequel il témoigne en toute occasion une piété filiale si touchante : *pater piæ memoriæ*. Chose remarquable. Les Anglo-Américains, tout aussi réalistes que Voet, ont néanmoins admis la personnalité du statut mobilier, sans tenir aucun compte de la fiction imaginée par quelques statutaires (1). Cette concession faite au statut personnel est considérable. Comment la race anglo-saxonne, réaliste en tout, a-t-elle rejeté le réalisme pour les valeurs mobilières? Story répond que cela s'est fait, non par des raisons juridiques, mais par la nécessité des relations civiles, auxquelles sont venues se joindre les convenances internationales (2). C'est dire que la personnalité domine dans les rapports des individus, et que les nations doivent lui faire une place; les peuples commerçants, avant tout, ne peuvent pas s'emprisonner dans leur territoire. Dans les desseins de Dieu, le commerce est le lien des peuples; c'est sous son influence que le réalisme le plus obstiné s'est départi de ses préjugés, pour déclarer personnel le statut qui régit les meubles. On ne sait quand ni où cette

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 479, § 380.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 477, § 379 (7e édit.).

révolution s'est accomplie ; mais on peut hardiment affirmer que les juristes n'y sont pour rien ; leurs incertitudes et leurs contradictions témoignent qu'ils n'avaient pas même conscience du progrès qui s'accomplissait dans le domaine du droit civil international. Les idées naissent, se développent sous la main de Dieu dont la providence préside à toutes les manifestations de la vie humaine. La gloire de l'homme, en toutes choses, c'est de concourir au gouvernement providentiel. On voudrait écarter Dieu de la science ; je ne vois pas ce que la science aurait à gagner à devenir matérielle et mécanique, et l'homme a tout à y perdre.

§ II. — *A quels meubles s'applique le statut mobilier.*

169. Au premier abord la question paraît étrange. Le statut diffère selon que les biens sont meubles ou immeubles. Les meubles n'ont pas de situation, ils suivent la personne, et partant la loi du domicile, la loi nationale ; tandis que les immeubles sont régis par la loi de leur situation. Or, tous les biens sont meubles ou immeubles, donc le statut mobilier est général, il doit s'appliquer à tout ce qui est meuble, sinon il y aurait des meubles régis par la loi des immeubles, c'est-à-dire par la loi de leur situation, ce qui est contradictoire dans les termes, puisque tout le monde est d'accord pour dire que les meubles n'ont pas de situation. Cependant la question que je viens de poser était sérieusement agitée dans l'ancien droit, et elle offre encore des difficultés en droit moderne.

Boullenois enseigne que la loi du domicile est générale. Si, dit-il, les meubles pouvaient avoir une assiette ailleurs qu'au domicile du propriétaire, ce serait certainement dans le cas d'un dépôt, car les choses déposées sont dans un lieu déterminé par la destination précise du propriétaire ; on pourrait en conclure qu'elles ont une situation réelle ; cependant la décision est au contraire, d'après l'avis de Chopin. Un Italien avait fixé son domicile en France ; la guerre civile y sévissait, de sorte qu'il

n'y avait de sûreté ni pour les personnes ni pour les choses. Voulant mettre sa fortune à l'abri du pillage, il se décida à la confier à un compatriote, son parent; il envoya ses deniers en Italie, l'an 1590, espérant que ses enfants les recueilleraient dans de meilleurs temps. Trois ans après il vint à mourir. Ses filles réclamèrent les valeurs du dépositaire qui habitait une ville de la Toscane. Le dépositaire avoua qu'il avait reçu de leur père une grande quantité d'or, mais il soutint qu'il était seul et unique héritier de tous les biens que le défunt laissait dans le territoire florentin : en effet, d'après les lois de Florence, l'héritier mâle excluait les femmes, fussent-elles les enfants. Les filles intentèrent une action en violation du dépôt; et je crois, dit Chopin, que leur demande était fondée en droit comme en morale. Le dépositaire ne pouvait pas prétendre que les deniers se trouvaient sous l'empire des constitutions de Florence; ils n'y étaient qu'en vertu d'un contrat de dépôt; donc ils étaient toujours soumis à la loi du domicile (1).

170. Quelques-uns, dit Boullenois, ont prétendu que les meubles précieux n'étaient pas régis par la loi du domicile; et pour les y soustraire, ils les considéraient comme des immeubles. Les parlements assimilaient les meubles précieux à des propres immobiliers, afin de les conserver dans la famille paternelle ou maternelle, d'où ils provenaient. Dupineau sur Anjou (art. 352) était d'un avis contraire : « S'agît-il de la perle précieuse de Cléopâtre, la chose que la nature a faite mobilière ne peut pas être changée en immeuble, à moins que la loi ne consacre cette fiction. » L'argument était décisif; mais il n'y avait aucun principe dans l'ancien droit, auquel on ne dérogeât, dans la pratique, par une considération ou par l'autre. Boullenois, qui venait d'établir comme règle générale la loi du domicile pour les meubles, ajoute une restriction pour les choses rares, précieuses, difficiles à rassembler. Dans notre droit moderne, on ne conçoit pas même que l'on pose la question de savoir si les meubles

(1) Boullenois. *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t Ier, p. 339 et 340. Chopin, sur la *Coutume de Paris*, livre Ier, tit. Ier, no 31.

peuvent être transformés en immeubles par le juge, sans qu'une loi l'y autorise.

171. Il y a des cas où la loi permet au propriétaire d'immobiliser des objets mobiliers de leur nature ; je les ai énumérés (nos 130-133). Dans l'ancien droit l'immobilisation par destination n'était pas admise comme principe général ; c'est un des rares vœux de réforme que Pothier se permet de faire, et que les auteurs du code civil ont accompli. Les légistes statutaires ne parlent que de la perpétuelle demeure, et en termes peu précis, la confondant tantôt avec l'incorporation, tantôt avec la destination. Si l'on admet que des choses mobilières peuvent être immobilisées, la conséquence naturelle paraît être que l'immobilisation les soustrait à la loi qui régit les meubles. Cela est d'évidence quand les objets mobiliers sont incorporés au sol, puisque, dans ce cas, le code civil les considère comme immeubles par leur nature (nos 124 et 125).

Il y a encore quelque analogie entre la perpétuelle demeure et l'incorporation, puisque des objets mobiliers sont attachés à un fonds, d'ordinaire, par un travail matériel, qui leur donne une espèce d'adhérence au sol, et semble les identifier avec le fonds. Mais, dans la simple destination, les objets mobiliers conservent leur nature première. Les animaux destinés à la culture, les ustensiles aratoires et les machines industrielles, sont distincts du fonds sur lequel le propriétaire les place ; c'est la volonté seule du propriétaire et l'intérêt de l'agriculture, de l'industrie ou du commerce qui immobilisent ; on pourrait en induire que ces objets mobiliers restant meubles, par leur nature, sont régis par le statut mobilier. Cependant l'opinion contraire est certaine. L'immobilisation, quoique fictive, doit avoir le même effet que l'immobilisation réelle par incorporation : devenus immeubles en vertu de la loi, il est impossible, légalement, de leur appliquer la loi qui régit les meubles. Il serait absurde de dire que des meubles destinés à l'exploitation d'un fonds suivent la personne ; ou que, par une fiction légale, ils sont censés se trouver au lieu du domicile : ces meubles immo-

bilisés ont une situation réelle, donc ils sont régis par le statut réel.

Nous allons entendre les auteurs anciens, car, chose singulière, tous s'occupent de cette question qui nous paraît aujourd'hui si simple. Bourgoingne, qui vivait dans un pays agricole, considère comme immeubles toutes les choses mobilières que l'on considérait comme *instruments* du fonds; on applique, dans ce cas, le statut réel, puisque les choses immobilisées sont censées faire partie du fonds (1).

Boullenois confond les divers cas d'immobilisation : « C'est une maxime que, quand un meuble se trouve dans un lieu pour *perpétuelle demeure*, il est regardé comme faisant partie du fonds; c'est ainsi que, par l'article 90 de la coutume de Paris, les *ustensiles d'hôtel* qui tiennent à *fer* ou à *clou*, ou qui sont scellés et mis pour *perpétuelle demeure*, sont censés et réputés immeubles; les échalas d'une vigne sont également censés faire partie de la vigne. » C'est moitié destination agricole, moitié perpétuelle demeure; parfois le langage semble se rapporter à l'incorporation (2). Les idées sont encore vagues et flottantes; nous devons être heureux que le code civil les ait fixées.

Bouhier commence par poser en principe que les meubles sont régis par la coutume du domicile, puis il ajoute : « Un arrêt de 1607 excepte néanmoins, et avec raison, les meubles *destinés en perpétuel et nécessaire usage* et *commodité* des *maisons* et *métairies*. » Ces termes sont tellement vagues qu'ils comprennent tout, la *perpétuelle demeure*, la *destination* et même l'*incorporation* (3).

Fœlix, contre son habitude, ne cite pas les vieux auteurs dont je viens d'exposer les opinions; il se borne à dire que les meubles devenus immeubles par destination, en vertu des articles 524 et 525 du code civil, sortent

(1) Burgundus, *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, II, 26 (Opera, p. 22).
(2) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 341.
(3) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXI, nos 172 et 173 (Œuvres, t. Ier, p. 608).

légalement de la classe des meubles ; d'où suit qu'on ne peut plus leur appliquer le statut personnel (1). Il faut ajouter une restriction, c'est que la destination peut venir à cesser ; alors les meubles immobilisés reprennent leur nature mobilière et sont gouvernés par le statut personnel.

172. Nous passons aux meubles incorporels. Peut-on dire des droits qu'ils ont une assiette quelconque, réelle ou fictive? Les meubles corporels ont une situation, quoiqu'elle ne soit pas fixe, on peut donc supposer qu'ils ont une autre situation, celle du domicile, où le propriétaire peut toujours les transporter. Mais transporte-t-on des droits ? Les anciens auteurs ne se font pas cette question ; tous s'accordent à dire que les droits suivent la personne. A vrai dire, tout est fiction en cette matière : peut-on dire d'un droit qu'il est meuble, c'est-à-dire qu'il se transporte d'un lieu à un autre? On ne conçoit pas non plus que les droits aient une place déterminée dans l'espace.

Acceptons toutes les fictions ; elles ne mettent pas fin au doute, loin de là, elles en font naître un nouveau. Les droits mobiliers suivent la personne, soit. Mais quelle personne? Il y en a deux dans l'obligation, le créancier et le débiteur. Le droit suit-il la personne du créancier, ou celle du débiteur? Dumoulin répond : « Les droits et toutes choses incorporelles n'ont pas de lieu, on ne peut donc pas dire qu'ils se trouvent plutôt ici que là. Les droits ne sont pas non plus attachés à la personne du débiteur, on doit dire plutôt qu'ils suivent la personne du créancier, car, comme on le dit d'ordinaire, ils sont inhérents à ses os : *ossibus ejus inhærent.* »

Story cite ce passage de Dumoulin (2) pour établir que, d'après la tradition, la créance est régie par la loi du domicile du créancier. Mais Bouhier en cite un autre qui dit le contraire (3). Voilà le plus illustre de nos juriscon-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 136, 4e édit.
(2) Dumoulin, *Commentaire sur la coutume de Paris, Des Fiefs*, tit. Ier, glose IV, n° 9 (t. Ier, p. 56 et 57).
(3) Dumoulin, *Ad Chassanaeum*, rubr. IX, § 15, v° *Et les héritages*, n° 1.

sultes qui est en contradiction avec lui-même. La jurisprudence aussi était encore divisée du temps de Bouhier (1). La raison que Dumoulin donne pour se décider en faveur du créancier n'est rien moins que décisive. Si la créance est inhérente aux os du créancier, on peut dire à plus forte raison que la dette est inhérente aux os du débiteur; en effet, le créancier peut céder son droit, tandis que le débiteur ne peut pas céder l'obligation qu'il a contractée. Un vieux légiste avait une autre comparaison : les créances, dit Jason, sont fixées aux os de la personne, de même que le caractère du saint baptême est inhérent à la personne baptisée. » Est-ce que celui qui reçoit le baptême est créancier ou débiteur? Débiteur, sans doute aucun, puisqu'il a encouru la mort éternelle par le péché d'Adam. L'obligation serait donc inhérente à la personne du débiteur. Boullenois trouve que la comparaison est bien significative, mais peu mesurée et très peu religieuse. En tout cas, comparaison n'est pas raison. C'est ce que dit notre Bourgoingne, que des arguments de mots ne touchaient guère (2). Ce qui prouve combien la doctrine était incertaine, malgré l'unanimité des auteurs, c'est la perplexité de Boullenois; il s'engage dans une longue discussion, mêlant une controverse à une autre, à sa manière, de sorte qu'arrivé à la fin on ne sait pas quelle est la pensée de l'auteur.

173. Ne nous arrêtons pas à ces dissidences, et demandons à nos anciens statutaires quelle est la portée de la maxime qui prévalait. Bouhier répond qu'à l'exception des actions pures réelles, toutes les autres doivent être regardées comme attachées à la personne du créancier et se régler suivant la coutume de son domicile. Si la créance est personnelle, elle ne devient pas réelle, quand même elle emporte hypothèque. Les réalistes belges et hollandais en doutaient, parce qu'ils aimaient à tout réaliser, sous le moindre prétexte; mais d'Argentré lui-même, à plus forte raison Dumoulin et à sa suite les légistes du

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXV, n° 6 (Œuvres, t. Ier, p. 701).
(2) Burgundus, *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, II, 23, p. 22.

dernier siècle, disaient que l'hypothèque ne change pas la nature d'une chose mobilière, puisqu'elle n'en est que l'accessoire (1). Sur ce point il ne saurait y avoir de doute.

J'ai dit plus haut quand les actions sont mobilières et quand elles sont immobilières (nos 135-137-139), d'après le code civil. Mais les actions sont parfois considérées dans un lieu comme mobilières et dans un autre comme immobilières. Quelle loi faut-il suivre alors pour en fixer la nature ? Boullenois (2) répond que l'on doit distinguer si c'est l'action considérée activement et dans la personne du créancier, ou si c'est l'action considérée passivement en tant qu'elle intéresse le débiteur. Quant à l'action considérée du côté du créancier, il faut, *généralement partant*, suivre la loi du domicile du créancier. *Généralement partant*, cela implique une règle et des exceptions : quand y a-t-il lieu à la règle et quand aux exceptions? On chercherait vainement un principe qui guide l'interprète. Quand les actions sont considérées passivement, c'est-à-dire par rapport au débiteur, faudra-t-il encore suivre la loi du domicile du créancier? Il y a des occasions où on doit les considérer de cette manière, dit Boullenois. Ce langage suppose que la règle reste celle du domicile du créancier, mais que par exception on suit la loi du domicile du débiteur. Toujours des règles modifiées par des exceptions, sans que l'on sache quand il y a lieu de déroger à la règle.

174. Les auteurs modernes s'en tiennent généralement à la tradition. Story dit, en termes absolus, que le statut du créancier l'emporte sur celui du débiteur (3). Le jurisconsulte allemand Bar s'écarte de la tradition ; il dit très bien que la loi du domicile du créancier est une fiction. « La loi seule peut attribuer aux droits une assiette fictive ; il faut donc voir pour quel motif elle répute les droits et actions meubles ou immeubles, en leur assignant

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXV, nos 7-9, p. 701.

(2) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 349 et suiv.

(3) Story, *Conflict of laws*, p. 501, no 399.

une situation, soit au domicile du créancier, soit au domicile du débiteur (1). Cela est parfait en théorie; mais en droit français il n'y a ni loi générale ni loi spéciale sur la matière; dans le silence de la loi, il faut donc s'en tenir à la tradition; or, les anciens statutaires posent comme règle générale que pour les créances il faut suivre la loi du domicile du créancier. » Seulement ils admettent des exceptions, ce qui se rapproche de la doctrine de Bar.

Bourgoingne est, je crois, le premier qui ait fait une distinction entre les cas où il faut suivre le domicile du créancier et ceux où l'on doit considérer le domicile du débiteur. Pourquoi la loi du domicile du créancier forme-t-elle la règle? Parce que toute obligation est contractée en faveur du créancier; son droit domine dans le lien que l'obligation crée entre lui et le débiteur. La fiction se rapproche ici de la réalité, autant que la chose est possible. Les meubles suivent la personne : quelle est cette personne ? Les anciens auteurs nomment toujours le propriétaire ; en effet, son intérêt absorbe tout, puisqu'il a un droit absolu dans la chose. Or, le créancier est aussi propriétaire de la créance, l'analogie conduit donc à suivre la loi de son domicile. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Il se peut qu'un statut soit fait dans l'intérêt du débiteur ; dans ce cas, ce serait aller contre la raison des choses que de suivre la loi du créancier. Bourgoingne donne cet exemple : La coutume d'Alost permet au débiteur, en cas de cession de la créance, de la racheter en payant au cessionnaire le prix qu'il en a donné. Si le débiteur domicilié à Alost contracte une dette en dehors du territoire de la coutume, dans un lieu où le droit de rachat n'existe point, il ne faut pas décider le litige par la loi du domicile du créancier, il faut appliquer la coutume d'Alost, et suivre le domicile du débiteur, car c'est en sa faveur que la faculté de rachat a été établie (2).

Jean Voet fait une remarque analogue. Il admet la règle; mais il remarque qu'il y a une opinion dissidente

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 206, § 62.
(2) Burgundus, *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, II, 23 et 24.

qui s'en tient au domicile du débiteur; il cite Tiraqueau et les Réponses des jurisconsultes hollandais, et il ajoute que les partisans de cette opinion pourraient bien avoir raison dans deux cas. D'abord quand il y a concours de créanciers; je laisse de côté cette difficulté qui concerne la procédure. En second lieu, la prescription des actions personnelles se règle, d'après Voet, par la loi du lieu où le débiteur a son domicile (1). C'est une question importante et difficile; j'y reviendrai.

La question du domicile, qui a tant occupé les auteurs, ne paraît pas avoir donné lieu à des débats judiciaires. Je n'ai trouvé qu'un seul arrêt sur la matière, déjà ancien, de la cour de Liége (2); la cour se borne à appliquer le principe que la tradition admet généralement, sans motiver sa décision.

175. Dans l'ancien droit, le prêt à intérêt était prohibé. J'ai dit, dans mes *Principes de droit civil*, par quel artifice les légistes parvinrent à calmer les scrupules des gens d'église, en imaginant le contrat de rente. Ces préjugés et ces fictions sont loin de nous. Reste à déterminer la nature de la rente : est-elle meuble ou immeuble ? La question était controversée : j'ai dit ici même (n° 139) pour quel motif on plaçait les rentes constituées parmi les immeubles; c'était une nouvelle fiction, dans une matière où les fictions abondent. La nature des rentes constituées étant indécise, il était difficile de déterminer la loi qui les régissait. Je n'entre pas dans ce débat, puisque la question a perdu tout intérêt depuis que le code civil a décidé que les rentes sont meubles, ce qui s'applique même à celles qui sont établies pour le prix de la vente d'un immeuble, et que l'on continue à appeler foncières, bien qu'elles n'aient plus aucun caractère de réalité (art. 529 et 530). Les rentes constituées et foncières étant meubles, il va sans dire qu'elles sont soumises à la loi du domicile du créancier. Ainsi, dit Fœlix, une rente due par un étranger à un Français sera toujours meuble, quand

(1) Voet, *Ad Pandectas*, lib. I, t. VIII, n° 30.
(2) Liége, chambre de cassation, 17 janvier 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 297).

même la rente serait immobilière, en vertu de la loi du domicile du débiteur. Par contre la rente due à un étranger serait immobilière, si d'après la loi de son domicile, pour mieux dire, d'après sa loi nationale, cette rente était immeuble (1).

§ III. — *Des cas dans lesquels le statut des meubles est réel.*

N° 1. LE PRINCIPE.

176. La règle d'après laquelle les meubles sont régis par la loi personnelle du propriétaire ou du créancier reçoit des exceptions ; c'est-à-dire qu'il y a des cas dans lesquels les meubles sont soumis au statut réel. Quelles sont ces exceptions et sur quoi sont-elles fondées? La cour de cassation de France a rendu sur ce point un arrêt de principe que je vais rapporter. Il s'agit d'interpréter l'article 3 du code Napoléon. Cet article dispose que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française; il garde le silence sur les meubles. La cour de cassation dit que « rien n'autorise à conclure du silence de la loi que les meubles soient *toujours* et *nécessairement* régis par la *loi étrangère* », c'est-à-dire par la loi nationale de l'étranger. Cela implique que, dans la pensée de la cour, le statut personnel est la règle pour les meubles, par opposition aux immeubles, mais que la règle n'est pas absolue. La cour continue : « Les meubles ne sauraient être régis par la loi personnelle de l'étranger, tout au moins dans la question de *possession*, de *priviléges* et de *voies d'exécution*. » Quel est le fondement de ces exceptions? Je transcris l'arrêt : « L'article 3 qui considère l'étranger comme soumettant sa personne, par le seul fait de sa présence en France, à toutes les *lois de police et de sûreté*, n'a pu vouloir mettre les meubles de cet étranger hors de l'atteinte des créanciers français, dans tous les cas où ces derniers pourraient

(1) Fœlix, *Droit international privé*, p. 137, n° 62 (4e édition).

agir, si ces meubles appartenaient à un Français (1). » La cour établit une espèce d'analogie entre les lois de *police* et les lois qui concernent les droits des créanciers français sur les biens de leur débiteur; les lois de police sont essentiellement d'intérêt général; la cour semble voir dans cet intérêt général un motif pour déclarer applicables aux étrangers et à leurs meubles les lois qui déterminent les droits que les créanciers français ont sur les biens de leur débiteur français. Si telle est la pensée de la cour, sa décision peut se justifier par la tradition.

177. Consultons la doctrine. Il y a des auteurs qui formulent le principe et l'exception dans les termes suivants: Les universalités mobilières, telles que les successions, sont régies par la loi personnelle, tandis que les meubles considérés individuellement sont régis par la loi de leur situation (2). J'ai rejeté cette distinction, dans l'exposé des principes généraux de notre science (3), en remarquant qu'elle est en opposition avec le principe sur lequel on fonde la personnalité du statut mobilier. Les meubles, dit-on, suivent la personne, et servent à son usage: faut-il demander si les universalités mobilières suivent la personne ? Ce sont précisément les meubles individuels qui suivent le propriétaire là où il fixe son principal établissement; donc ces meubles devraient être soumis à la loi personnelle, et on veut qu'ils soient régis par la loi de leur situation accidentelle! M. Barde rejette aussi cette distinction, et il en donne une raison décisive, c'est que la tradition l'ignore; or la tradition, en cette matière, est notre seule autorité, dans le silence de la loi, qui se borne à s'y référer (4).

178. M. Barde invoque l'ordre public. Si les meubles considérés individuellement sont régis par la loi de leur situation, c'est que l'ordre public l'exige; or, en fait, il y a régulièrement une considération d'ordre public qui commande d'appliquer aux meubles individuels la loi de leur

(1) Rejet, 19 mars 1872 (Dalloz, 1874, 1, 465).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 106, n° 96. Aubry et Rau, *Cours de droit français*, d'après Zachariæ, t. Ier, p. 102.
(3) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 31[1], n° 173.
(4) Barde. *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 110.

situation, de sorte que cette loi devient la règle ; ce n'est que par exception que l'on applique la loi personnelle aux universalités mobilières (1). Telle est à peu près l'opinion que j'ai professée dans ces Etudes ; il importe de la préciser davantage, afin de trouver un fondement solide aux exceptions que reçoit le statut personnel, en matière de meubles.

Les anciens statutaires s'accordent à dire que le statut territorial domine le statut personnel lorsqu'il est fondé sur une considération d'intérêt social ; je me sers de cette expression plutôt que de celle d'ordre public, parce que celle-ci est si vague ; on peut lui faire dire à peu près tout ce que l'on veut. En théorie il n'est pas douteux que lorsque l'intérêt général est en conflit avec l'intérêt individuel, c'est ce dernier qui doit céder, car ce n'est qu'à cette condition que la société peut exister (2) ; il n'y a pas à distinguer entre l'intérêt des étrangers et l'intérêt des citoyens : l'un et l'autre impliquant la nécessité de la subordination de l'individu à l'Etat. Il faut aller plus loin et appliquer aux droits ce que je viens de dire des intérêts : si le droit de la société est en cause, il domine les droits des particuliers, ceux-ci n'ayant de garantie de leurs droits privés que dans la société. En théorie cela est d'évidence. Mais où trouver un appui dans le droit positif ? On peut invoquer les termes de l'article 3 du code civil : l'expression lois de *police* a un sens très large, dans lequel elle est synonyme de droit *public* et de droit *social*, par opposition au droit qui est purement d'intérêt privé. Ma conclusion est que le statut réel ou territorial, en matière de meubles, l'emporte sur le statut personnel de l'étranger, dans les cas où le statut réel concerne les droits et les intérêts de l'Etat.

179. Je vais appliquer le principe ainsi formulé aux exceptions que la cour de cassation admet dans son arrêt de 1872. Des meubles situés en France, et appartenant à un étranger, sont saisis. Quelle loi suivra-t-on, le statut personnel de l'étranger, ou le statut réel de la situation ?

(1) Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 118 et suiv.
(2) Voyez le t. II de ces Etudes, nos 205-208.

Le statut réel, sans doute aucun : tout le monde est d'accord ; il est inutile de répéter ce que j'ai dit ici même et dans mes *Principes de droit civil*. M. Barde confirme mon opinion (1). Le droit public est en cause, car c'est lui qui détermine quels objets peuvent être saisis, dans quels cas et dans quelles formes la saisie peut et doit être faite. Vainement l'étranger invoquerait-il sa loi personnelle, on lui opposerait la loi territoriale, loi de droit *public*, qui domine le droit *privé*.

Peut-on revendiquer les meubles qu'un étranger possède en France? Le code Napoléon n'admet pas la revendication des meubles (art. 2279); je suppose que la loi étrangère la permette : suivra-t-on la loi personnelle de l'étranger, ou la loi territoriale française? Sur ce point encore tout le monde est d'accord. Le revendiquant invoquerait en vain la loi personnelle du possesseur qu'il veut évincer : le statut personnel de l'étranger est dominé par la loi territoriale. On ne peut plus dire que cette loi soit de droit public, car il ne s'agit pas d'une question de procédure comme en matière de saisie; mais la *police* dans la plus large acception est engagée dans le débat. La société doit protection au commerce, sans lequel les Etats modernes ne pourraient pas vivre; donc le droit le plus vital de l'Etat demande que la loi territoriale reçoive son application.

La cour mentionne encore les priviléges ; comme je dois y revenir, je me borne à constater l'accord universel ; les droits des créanciers sur les biens de leur débiteur, notamment les causes de préférence, sont organisés dans l'intérêt du crédit des particuliers et de la richesse publique; et qu'est-ce qui intéresse plus le perfectionnement de la société?

La cour ne parle pas de la déshérence que Merlin range parmi les cas où la loi de la situation l'emporte sur le statut personnel du propriétaire. Cette question n'est point sans difficulté ; mais comme je l'ai examinée dans

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 189, n° 121; et le t. II de ces Études, p. 320, nos 173 *bis* et 174. Comparez Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 120 et suiv.

le tome V de ces Etudes, je renvoie à ce que j'y ai dit.

On voit que les cas exceptés par la cour ne sont pas les seuls dans lesquels on suit le statut réel, en matière de meubles. Les exceptions que la jurisprudence et la doctrine admettent procèdent d'un principe général, et il est bien évident que le droit de la société et son intérêt doivent toujours l'emporter sur le droit et l'intérêt des particuliers. Le principe s'applique notamment aux droits que les créanciers ont sur les biens de leur débiteur et sur les causes de préférence: c'est dans une cause pareille qu'a été rendu l'arrêt de la cour de cassation que je viens d'analyser.

N° 2. DROITS DES CRÉANCIERS SUR LES BIENS DE LEUR DÉBITEUR.

180. L'article 2092 du code Napoléon, reproduit par la loi hypothécaire belge (art. 7), porte : « Quiconque *s'est obligé personnellement* est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir. » L'obligation donne au créancier un droit sur les biens du débiteur. A vrai dire, l'obligation n'engendre qu'un lien personnel, lien qui donne au créancier une action contre la personne du débiteur ; quant aux droits sur les biens, il s'exerce par voie de saisie, et la saisie exécutoire, comme l'implique le mot, suppose que le créancier a un titre exécutoire, lequel émane de la puissance souveraine. Cela prouve déjà que le droit sur les biens ne dépend pas de l'autonomie des parties; c'est la loi qui sanctionne les obligations contractées par le débiteur en permettant au créancier de saisir ses biens. L'essence de l'obligation l'exige; ce qui la caractérise, c'est que le débiteur peut être forcé à l'exécuter. En quoi consiste cette exécution? Les anciens Romains croyaient que le débiteur qui s'obligeait personnellement engageait son corps; ils abandonnaient le corps aux créanciers, lesquels pouvaient se le partager; Niebuhr dit qu'il n'ose pas assurer que cet horrible droit n'ait pas été pratiqué. On voit que l'exécution touche à une question capitale, qui reçoit sa solution dans le droit public : une personne peut-elle

engager son corps, sa liberté, sa vie même? Or, dès que le droit public est en cause, le statut devient réel.

On dira que l'emprisonnement pour dettes est aboli, que le créancier n'a plus d'action que sur les biens, et que le droit sur les biens est indépendant du droit public. L'argumentation est fausse à tous égards. D'abord il y a des cas où le débiteur peut encore être contraint par corps. Donc l'exécution forcée reste une question de droit public. Alors même que la contrainte par corps ne sera plus que de l'histoire, il sera toujours vrai de dire que l'exécution forcée sur les biens du débiteur est une dépendance du droit public. Je viens de rappeler que la saisie des biens ne peut se faire que d'après les lois de la procédure; or la procédure est une partie du droit public administratif, ce qui suffit pour décider la difficulté. La souveraineté est en jeu, car c'est la puissance publique qui détermine quels biens peuvent être saisis et dans quelles formes.

Quels biens peuvent être saisis? Les biens du débiteur, dit l'article 2092. Que faut-il décider si le débiteur a aliéné ses biens? Si ce sont des biens meubles, les créanciers n'ont pas le droit de suite; les biens ne sont leur gage que comme accessoires de la personne; dès qu'ils ne sont plus dans le domaine du débiteur, ils cessent d'être le gage des créanciers. Cela est vrai aussi des immeubles, d'après le code Napoléon; mais, sur ce point, notre loi hypothécaire y a dérogé; si la vente d'un immeuble n'a pas été transcrite, elle ne peut être opposée aux tiers; à leur égard le bien aliéné est encore dans le domaine du débiteur. Voilà un principe fondamental du régime hypothécaire, essentiellement d'intérêt public, qui donne aux créanciers des droits sur les biens, qu'ils n'avaient point d'après le code civil, et la loi belge les leur donne par des considérations du crédit des particuliers et de la richesse publique, comme je le dirai plus loin, en traitant du régime hypothécaire.

181. Après avoir dit que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, l'article 2093 ajoute que le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de

préférence. Et l'article 3094 porte : « Les causes légitimes de préférence sont les priviléges et les hypothèques. » En droit français, l'hypothèque ne peut être établie que sur les immeubles. Les priviléges portent sur les meubles comme sur les immeubles. Aux termes de l'article 2095, le privilége est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers. « Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des priviléges » (art. 2096). Ces principes ont été reproduits par la loi hypothécaire belge (art. 8, 9, 12 et 13).

Pourquoi le législateur privilégie-t-il certaines créances? Il y a conflit entre des droits qui sont également dignes de la protection du législateur; certaines créances, à raison de leur qualité, méritent d'être préférées aux autres, mais ces préférences doivent être restreintes dans des limites précises et étroites, sinon les créanciers chirographaires risqueraient de n'être pas payés, l'actif étant absorbé par les priviléges. La loi doit concilier la faveur due aux créanciers privilégiés avec les droits de la masse chirographaire. Cette conciliation tient à l'intérêt général, comme tout ce qui concerne le concours des créanciers, ainsi que je viens de le dire (n° 180). Quel est le législateur à qui il appartient de régler ces intérêts contraires, et tous concernant, à divers titres, l'intérêt de la société? C'est le législateur du pays où sont situés les biens dont le prix doit être distribué aux créanciers. Il n'y a pas de différence, dans ce cas, entre les meubles et les immeubles; on ne peut plus dire que les meubles n'ont pas de situation, et qu'ils suivent la personne du propriétaire; ils forment le gage des créanciers qui ont contracté avec le débiteur sur la foi de la richesse mobilière qu'ils connaissent, pour la voir, et qu'ils apprécient parce qu'ils la voient. Tout est local, territorial en cette matière; donc le législateur territorial est seul compétent pour déterminer les créances privilégiées et le rang dans lequel les divers créanciers doivent être payés. Un créancier étranger ne peut, en vertu de sa loi nationale, réclamer une préférence au préjudice de la masse chirographaire. Ce

serait troubler l'ordre que le législateur territorial a établi, dans sa sagesse, en conciliant les intérêts divers; ce serait défaire, au nom de l'intérêt privé, ce que le législateur a fait au nom de l'intérêt général. Vainement le créancier étranger dirait-il qu'il a contracté sous la foi de la préférence que sa loi nationale lui accorde, et que le débiteur a consenti à la lui donner. Je dirai plus loin que les priviléges ne dépendent pas des conventions; tout dépend de la loi, et cette loi est celle du territoire où se trouvent les biens qui sont le gage commun des créanciers. Le créancier étranger invoquerait en vain l'équité. C'est la masse chirographaire qui aurait le droit de se plaindre, si un étranger, en vertu d'une loi étrangère, venait enlever aux créanciers français une partie du gage sur lequel ils ont dû compter. Voilà une raison décisive pour que le concours des créanciers et les causes de préférence soient réglés par la loi territoriale.

182. Quelles sont, d'après le code civil, les causes légales de préférence? Il s'agit de savoir si les priviléges et les hypothèques sont les seules causes légales de préférence entre les créanciers. Si l'on s'en tient au texte de la loi, l'affirmative n'est guère douteuse. L'article 2093 (loi hyp., art. 8) établit la règle générale que les droits de tous les créanciers sont égaux. Cette règle reçoit une exception quand il y a une cause légitime de préférence, et le code dit que les causes légitimes sont les priviléges et les hypothèques. Ces causes étant une exception sont par cela même, de la plus stricte interprétation.

La question est très importante pour le droit international. Si le juge pouvait admettre d'autres causes de préférence que celles qui sont établies par le texte du code civil, les créanciers étrangers pourraient invoquer leur loi nationale, à titre d'équité, ce qui troublerait l'ordre que le législateur territorial a voulu établir. Cela exclut toute intervention d'un législateur étranger. Dans mon opinion, le principe reçoit son application au créancier antichrésiste. J'y reviendrai. Il en est de même du droit de rétention. J'y reviendrai en traitant du statut immobilier.

183. Je n'ai, pour le moment, qu'à parler des priviléges mobiliers. Le code civil et la loi hypothécaire belge distinguent les priviléges généraux sur les meubles et les priviléges spéciaux. Les principes des deux législations sont les mêmes ; il y a cependant des différences de détail, d'où peuvent naître des conflits qui font l'objet de notre science. Ces conflits sont plus fréquents entre le code français et les codes étrangers qui ne procèdent pas du code Napoléon. De là la nécessité d'entrer dans les détails et de mettre en évidence d'abord le caractère qui distingue les priviléges, puis la loi qui les régit.

Les priviléges sont, en général, attachés à la qualité de la créance ; l'autonomie des parties intéressées n'y est pour rien. Cette règle reçoit cependant une exception importante : le gage est le plus usuel des priviléges spéciaux, et il dépend des conventions qui interviennent entre le créancier et le débiteur. Il convient donc d'en traiter à part.

N° 2. DES PRIVILÉGES ATTACHÉS A LA QUALITÉ DE LA CRÉANCE.

I. *Des priviléges généraux.*

184. Les frais de justice ont le premier rang en cas de concours des créanciers, et ils portent sur les meubles et les immeubles ; d'après la loi belge, c'est le seul privilége qui jouisse de cette faveur. A vrai dire, cette préférence ne constitue pas un privilége, en ce sens que les droits des créanciers n'en sont pas diminués. Les frais de justice, dit la loi, sont *déduits, prélevés, distraits* sur les deniers qui composent l'actif (code de proc., art. 657, 662 ; code de comm., art. 558). Le créancier des frais de justice ne concourt pas avec les autres créanciers, il n'est pas en conflit avec eux ; ce sont les créanciers eux-mêmes qui payent les frais qu'ils ont dû faire pour conserver le gage commun, pour le vendre et pour s'en distribuer le prix : il est naturel que celui qui fait les frais les paye. Cela ne veut pas dire que les frais de justice sont payés avant toutes les autres créances ; la loi dit qu'ils sont privilégiés à l'égard des créanciers dans l'intérêt desquels

ils ont été faits; à l'égard des autres, préférence n'a pas de raison d'être.

Le privilége des frais de justice est-il d'intérêt général? L'affirmative n'est pas douteuse. En effet, ce privilége a pour objet de garantir le payement des créanciers privilégiés. Or, le droit des créanciers sur les biens de leur débiteur est d'intérêt social (n° 180), de même que les causes de préférence (n° 181); donc le privilége des frais de justice, sans lesquels ces droits périraient, est au plus haut degré d'intérêt public.

185. Le code civil place les frais funéraires au second rang des créances privilégiées sur la généralité des meubles. Quelle est la *qualité* de cette créance qui lui donne ce rang de préférence? Les jurisconsultes romains disent que le privilége, en assurant le payement des frais funéraires, empêche que les cadavres ne restent sans sépulture. C'est un intérêt général, celui de la salubrité publique. Il y a encore un motif d'humanité et de piété : le législateur doit veiller, par respect pour la personnalité humaine, à ce que les cadavres ne soient pas abandonnés aux bêtes fauves. Les considérations religieuses prennent une plus grande importance dans les religions qui professent la résurrection des corps. Ici la piété touche à la superstition et à l'ignorance que le clergé exploite dans l'intérêt de sa domination.

186. En troisième rang viennent les frais de dernière maladie. Il n'y a pas de cause plus légitime de préférence que l'humanité. Une personne insolvable, ou qui menace de le devenir, est malade; la loi doit veiller à ce qu'elle reçoive les secours de l'art et les soins qu'exige sa situation. Un des devoirs de l'Etat est de mettre toute sa sollicitude à la conservation de la vie que Dieu nous a donnée; c'est aussi un intérêt social, car ce sont les hommes qui font la force de la société; alors même qu'on ne peut pas rendre la santé aux malades, il faut alléger leurs souffrances et adoucir leurs derniers moments. Le privilége des frais de dernière maladie leur assure ces soins en garantissant le payement de ceux qui les donnent et dont on n'a pas le droit d'exiger un dévouement désintéressé.

187. Le code Napoléon accorde un privilége aux salaires des gens de service. La loi belge l'a étendu aux commis et aux ouvriers. Un motif d'humanité justifie ce privilége; les salaires sont pour tous un moyen de subsistance; et si le législateur ne peut et ne doit pas procurer la subsistance à celui qui est en état de travailler, il doit du moins accorder sa protection à ceux qui travaillent pour vivre.

188. Les fournitures de subsistances conservent la vie du débiteur, elles méritent donc d'être privilégiées au même titre que les frais de dernière maladie. Les autres créanciers auraient tort de se plaindre de cette préférence, car elle les enrichit, en ce sens que la fourniture de subsistances, en conservant la vie au débiteur, lui permet de payer ses dettes par son travail.

189. D'après le code civil, les priviléges généraux sur les meubles s'étendaient sur les immeubles en cas d'insuffisance du mobilier (art. 2104 et 2105). La loi hypothécaire belge (art. 19) n'a maintenu ce principe que pour les frais de justice; les autres priviléges généraux ne priment plus les créanciers hypothécaires. Quelle est la raison de cette innovation qui réagit sur le droit civil international? Le droit de préférence que le code Napoléon accorde aux priviléges généraux sur les créanciers hypothécaires compromet le droit des tiers qui contractaient sur la foi d'une garantie réelle; ils se voient primés par un grand nombre de créanciers privilégiés qui absorbent une partie du prix provenant de la vente des immeubles. Or, dès que les créanciers ne peuvent pas compter sur la valeur intégrale des biens qui sont affectés à leur garantie, le but du régime hypothécaire est manqué, le créancier ne contractera qu'avec défiance; le propriétaire d'immeubles ne jouira pas du crédit auquel il a droit, et la richesse publique en souffrira. Je constate qu'à chaque pas, en cette matière, on rencontre des motifs d'intérêt général.

II. *Priviléges spéciaux.*

190. Le code Napoléon (art. 2101, 1°) et la loi hypo-

thécaire belge (art. 19, 1°) accordent un privilége pour les loyers et fermages des immeubles, pour les réparations locatives et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail. Au premier abord, ce privilége paraît être de pur intérêt privé. Mais cet intérêt n'explique pas ce qu'il y a de favorable dans la qualité des créances que le bailleur a contre le preneur. La loi accorde au bailleur un droit qu'elle ne donne à aucun autre créancier privilégié sur les meubles, le droit de suite. Il faut qu'il y ait un motif tout particulier de cette faveur. Je n'en connais d'autre que l'intérêt général. Le privilége du bailleur s'exerce sur le mobilier qui garnit la maison louée ou la ferme. C'est la seule garantie que le bailleur puisse avoir. D'ordinaire, il ne connaît pas le preneur, et celui-ci est le plus souvent dans l'impossibilité de donner caution, et bien plus encore une hypothèque. Il faut une autre sûreté au propriétaire, sinon il ne traitera point, ou il traitera à des conditions désavantageuses pour le preneur, afin de se dédommager des risques qu'il court. Il en résulterait un grand préjudice pour la société; l'agriculture en souffrirait, ainsi que le commerce et l'industrie. La loi donne, pour l'exécution du bail, une sûreté que la nature des choses indique, c'est celle qu'offre le mobilier du locataire ou du fermier : le preneur donne au bailleur ses meubles en gage des obligations qu'il contracte. Ce privilége, utile aux parties contractantes et à la société, profite aussi aux créanciers. Il leur importe que le débiteur se procure le logement aux conditions les plus favorables; les conditions onéreuses pour le débiteur le seraient aussi pour ses créanciers.

Ces considérations expliquent la faveur que la loi accorde au privilége du bailleur : il pourvoit à un des besoins les plus essentiels de l'homme, sans lequel il ne saurait vivre ni remplir sa destination. En procurant au preneur une habitation, la loi pourvoit aussi aux intérêts essentiels de la société, l'agriculture, le commerce, l'industrie, les services publics.

191. J'ai dit que le privilége du bailleur est utile aux créanciers; mais pour cela il faut qu'il soit limité de manière qu'il n'y ait aucun reproche de négligence à faire au

bailleur. Il y a, sous ce rapport, entre le code civil et la loi belge des différences qui peuvent donner lieu à des conflits. D'après le code Napoléon, tous les loyers et fermages, échus et à échoir sont privilégiés quand le bail est authentique ou qu'il a date certaine; dans ce système, le privilége garantit la créance entière. Le principe est logique, mais il n'est pas en harmonie avec l'esprit de la législation en matière de priviléges : le législateur doit tenir compte non seulement de l'intérêt du créancier privilégié, il doit aussi avoir égard à l'intérêt de la masse chirographaire. C'est ce qu'a fait le législateur belge; il n'a accordé le privilége au bailleur, pour les loyers et fermages échus, que pour la partie de sa créance qui peut lui rester due, sans qu'on puisse l'imputer à sa négligence. S'agit-il d'un bail à loyer, la loi privilégie deux années, et elle donne un privilége pour trois années quand le bail est à ferme. Une crise ou des cas fortuits peuvent empêcher le preneur de payer régulièrement son prix; l'exiger, ce serait constituer le preneur en faillite ou en déconfiture, c'est-à-dire le ruiner au préjudice de tous les intéressés. Mais si le bailleur laisse passer plus de deux ou de trois ans sans se faire payer, il est présumé négligent, et, par suite, il n'a pas de privilége pour les années suivantes.

192. Le code Napoléon et la loi belge donnent le privilége au bailleur pour tous les loyers et fermages à échoir quand la date du bail est certaine. En conséquence, le bailleur, en cas de déconfiture ou de faillite du preneur, peut se faire payer, par privilége, tout ce qui lui est dû pour toute la durée du bail. Telle est l'interprétation consacrée par la jurisprudence française; elle est désastreuse pour la masse chirographaire. J'en citerai un exemple. Bail d'une maison pour neuf ans, moyennant un prix de 2,800 francs, et à charge par le preneur, marchand de vins, de faire à ses frais tous les travaux de distribution, de peinture et d'appropriation. Les dépenses s'élevèrent à 18,000 francs. Faillite du locataire avec un passif de 32,800 francs et avec un actif de 16,748 francs. Les créanciers étant disposés à accorder un concordat, on ne procéda pas à la vente du mobilier et des marchan-

dises. Intervint le propriétaire; tous les loyers échus étaient payés ou offerts; le bailleur ne s'en contenta pas; il réclama une somme de 58,896 francs pour les loyers à échoir et les autres charges du bail. La cour de Paris rejeta ses prétentions; mais l'arrêt fut cassé. La décision était ruineuse pour la masse chirographaire. Le bailleur concluait à la résiliation du bail, faute de payement des loyers à échoir; or, l'actif n'étant que de 16,000 francs, la masse ne pouvait pas payer d'avance une somme de 58,000 francs de loyer. Le bail fut résilié; il en résulta que le bailleur profita de la plus-value des constructions; au lieu d'un revenu de 2,800 francs, il percevait des loyers de 6,400 francs. Il était impossible de maintenir un privilége qui devenait une spéculation sur la faillite du preneur au profit du propriétaire et au grand préjudice de la masse chirographaire. Une loi du 12 février 1872 modifia le code civil quand il s'agit du bail d'immeubles affectés à l'industrie ou au commerce du failli. Elle permet aux syndics de continuer le bail en satisfaisant à toutes les obligations du locataire. Si le bailleur a le droit d'agir en résiliation pour inexécution des engagements contractés par le preneur, il doit former sa demande dans les quinze jours de la notification qui lui est faite par les syndics de leur intention de continuer le bail, sinon il est réputé avoir renoncé à son droit de résiliation. En cas de résiliation, le privilége du bailleur est réduit à deux années échues et à l'année courante. Si le bail n'est pas résilié, le propriétaire ne peut exiger que les loyers échus; il ne peut pas demander les loyers à échoir, dans le cas où les sûretés qu'il avait lors du contrat ont été maintenues, ou quand celles que lui offrent les syndics sont jugées suffisantes. Lorsque les meubles garnissant la maison sont vendus, le bailleur peut exercer son privilége pour deux années échues, l'année courante et une année à échoir (1).

En Belgique la question reste entière; elle ne s'est pas encore présentée dans notre jurisprudence.

(1) Sirey, *Lois annotées*, 7e série, p. 175.

193. Le privilége du bailleur présente encore une singularité qu'il est difficile d'expliquer : seul parmi tous les les créanciers privilégiés, il a le droit de suite quand les objets mobiliers grevés du privilége ont été aliénés par le preneur. Le propriétaire de meubles ne peut les revendiquer contre le possesseur de bonne foi; la loi donne donc à un créancier personnel un droit plus fort qu'au propriétaire. Quelles sont les raisons de cette faveur? Je ne connais d'autre raison de la différence que la tradition, c'est-à-dire le respect profond que l'on avait pour la propriété immobilière, pour le *seigneur d'hôtel* et le *seigneur de métairie*, comme Pothier ne manque jamais de nommer le bailleur. La propriété foncière est la propriété par excellence; le propriétaire d'un objet mobilier qui le donne à bail ne jouit pas du privilége du bailleur, la loi ne lui donne aucune préférence, bien que ces baux prennent une importance qui va en croissant avec les progrès de l'industrie. Cela prouve que c'est toujours l'esprit traditionnel qui règne dans notre législation. Mais cela prouve aussi que le droit de suite a un caractère essentiellement territorial.

194. La loi belge accorde en second lieu un privilége « aux sommes dues pour les semences et pour les frais de la récolte de l'année, sur le prix de cette récolte et celles dues pour ustensiles servant à l'exploitation, sur le prix de ces ustensiles ». Ce privilége jouit encore d'une plus grande faveur que celui du bailleur; car il lui est préféré (art. 20, n° 2 et art. 24). La faveur s'explique. Ceux qui ont fait la récolte ou fourni les instruments de labour ont procuré la récolte qui sert de gage aux autres créanciers; il est donc juste qu'ils leur soient préférés, même au bailleur. La culture est la raison déterminante du privilége et de la faveur que la loi lui accorde. C'est dire que ce privilége est territorial de son essence.

195. Sont encore privilégiés les frais faits pour la conservation de la chose, c'est-à-dire les dépenses nécessaires sans lesquelles la chose eût péri. Conserver les biens, c'est concourir à l'accroissement de la richesse publique; l'intérêt général légitime donc le privilége accordé à la créance de l'ouvrier. Les créanciers profitent de la

créance privilégiée, puisque sans les frais de conservation, la chose qui fait l'objet de leur garantie eût péri.

196. La loi donne un privilége au vendeur pour le prix d'effets mobiliers non payés (C. Nap., 2102, 4°; loi hyp., art. 20, 5°). Quelle est la qualité de cette créance, à raison de laquelle la loi lui donne une préférence sur les autres créanciers? Grenier, le rapporteur du Tribunat répond (1) que, sans la vente, la chose vendue ne serait pas devenue le gage des autres créanciers; si elle se trouve dans le patrimoine du débiteur, c'est par suite de la vente. En ce sens, la vente profite aux autres créanciers, il est donc juste qu'ils payent le prix de la chose. Les auteurs donnent encore d'autres raisons peu décisives (2), il y en a de mauvaises. On a oublié, et moi-même je n'y ai pas insisté assez, que tout privilége a un fondement dans l'intérêt général, qui l'emporte sur l'intérêt privé, ou, ce qui est plus exact, dans le droit de la société, qui domine le droit des individus. J'en ai fait la remarque pour les priviléges généraux et pour le privilége du bailleur. La vente est un acte bien plus fréquent que le bail; ce sont les achats et ventes qui constituent le commerce. Or, rien n'est plus important dans notre état économique que le commerce qui répand les produits du travail. Favoriser le commerce, c'est favoriser le travail, base de la richesse nationale, et ce qui vaut mieux que toute richesse, base de la moralité. Or, le meilleur moyen de favoriser les relations commerciales, ne serait-ce point de donner au vendeur une sûreté entière pour le payement du prix? Le commerce vit de confiance; dès que la crainte qu'inspire l'insolvabilité possible de l'acheteur y pénètre, le mouvement s'arrête, il est du moins entravé.

197. La loi belge s'est préoccupée de l'intérêt de l'industrie. C'est la première fois que nous rencontrons cette sollicitude. Les industriels sont, dans les temps modernes, ce qu'étaient jadis les *seigneurs d'hôtel* et les *seigneurs de métairie;* ils seront les seigneurs du monde. On demande si le privilége du vendeur subsiste lorsque les choses mo-

(1) Grenier, *Rapport*, n° 17 (Locré, t. VIII, p. 258, édition de Bruxelles).
(2) Voyez le t. XXIX de mes *Principes*, p. 499, n° 472.

bilières sont devenues immeubles par incorporation ou par destination. La négative est certaine. En effet, le privilége du vendeur porte sur un meuble; si le meuble devient immeuble, les objets grevés du privilége n'existent plus, car il ne peut pas y avoir de privilége mobilier sur un immeuble. L'intérêt général est d'accord avec les principes de droit. Les créanciers hypothécaires comptent sur la valeur intégrale du fonds qui est affecté à leur créance, y compris les meubles immobilisés; ils seraient trompés si des créanciers privilégiés venaient leur enlever une partie du gage spécial sur la foi duquel ils ont traité avec le propriétaire; et dès que les créanciers n'ont point la garantie sur laquelle ils comptaient, le crédit est ébranlé. On le voit, à chaque pas l'intérêt général vient se mêler à l'intérêt privé; il ne faut donc jamais perdre de vue les droits de la société en matière de priviléges.

Ce que je viens de dire du privilége du vendeur s'applique au privilége des frais de conservation; la loi belge les met, à cet égard, sur la même ligne, les principes étant identiques. Mais, dans l'un et l'autre cas, elle admet une exception en faveur de l'industrie. Pour abréger les explications, je prendrai comme exemple la vente, qui est le contrat le plus usuel. Le privilége cesse quand les meubles deviennent immeubles; par exception le privilége subsiste, malgré l'immobilisation, quand il grève des machines (art. 20). Quel est le motif de cette exception? La prospérité d'un établissement industriel dépend de la perfection de ses appareils; il fallait donc faciliter aux fabricants les moyens de se procurer les meilleures machines en assurant aux vendeurs le payement du prix.

Il y a encore une disposition qui est d'intérêt général; c'est la durée du privilége; la loi ne le maintient que pendant deux ans à partir de la livraison. La loi cherche à concilier les divers intérêts qui sont en conflit, en matière de priviléges; elle déroge au droit commun en faveur de ceux qui fournissent des machines aux fabricants, afin d'assurer leur payement; or le vendeur de machines ne fait pas à l'acheteur un crédit illimité; dans les usages

du commerce, ce crédit ne dépasse guère deux ans. C'est au créancier privilégié de réclamer son payement dans ce délai; il ne faut pas que sa négligence perpétue son privilége aux dépens des créanciers hypothécaires qui seraient trompés s'ils étaient primés par des priviléges contraires au droit commun, auxquels ils ne doivent pas s'attendre. Or l'intérêt des tiers est un intérêt général, car c'est toujours la sécurité des créanciers et, partant, le crédit qui sont en cause dans le règlement du conflit qui s'élève entre les créanciers.

198. La loi garantit encore les intérêts des tiers, même dans les limites du privilége ainsi réduit, en subordonnant son maintien à la publicité. L'article 20 de la loi hypothécaire est ainsi conçu : « Le privilége n'aura d'effet que pour autant que, dans la quinzaine de la livraison, l'acte constatant la vente sera transcrit dans un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce. » La loi a pour but d'avertir les tiers créanciers hypothécaires de l'existence d'un privilége qui les primera sur le prix de l'immeuble hypothéqué pour le prix des machines, créance souvent considérable dont ils ont intérêt à connaître le montant exact. D'après le droit commun, c'est le conservateur des hypothèques qui fait les inscriptions et transcriptions requises pour rendre publics les priviléges et hypothèques. Dans l'espèce, la loi charge le greffier du tribunal de commerce d'opérer la transcription. La raison en est qu'il s'agit d'un débiteur commerçant, et de créanciers qui sont aussi commerçants; or, les négociants ont plus de relations avec le tribunal de commerce qu'avec la conservation des hypothèques ; le registre tenu au greffe des tribunaux consulaires procure donc une plus grande publicité que la transcription qui serait faite sur les registres du conservateur des hypothèques.

S'il n'y a pas de transcription dans le délai de quinzaine, les tiers doivent croire que le créancier privilégié est payé et que son privilége est éteint, ou qu'il y renonce. Par conséquent, passé ce délai, ils peuvent traiter en toute sûreté avec le fabricant. C'est le motif pour lequel la loi établit un délai si court, et sous peine de déchéance.

Il va sans dire que le registre tenu au greffe est public; cela est de l'essence de la transcription prescrite dans un intérêt de publicité. Le greffier est tenu de donner connaissance de la transcription à toutes les personnes qui en feront la demande. Si aucun acte n'a été transcrit, il délivre un certificat constatant qu'aucune transcription n'a été faite au profit d'un créancier privilégié.

199. La loi (art. 20, n° 6) privilégie encore les fournitures de l'aubergiste, sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge. Ceux qui logent les passants, pèlerins et voyageurs, dit Ferrière sur la coutume de Paris, le font par la nécessité d'un office public; ils sont obligés de recevoir toutes sortes de personnes, quoiqu'ils ne les connaissent point, sans avoir aucune assurance de payement de la dette et des dépenses qu'ils font chez eux. Il importe aux voyageurs que les hôteliers trouvent une garantie dans le gage tacite des effets qu'ils transportent avec eux; sans cette garantie ils pourraient refuser de les loger, au grand détriment de la société qui est intéressée à favoriser la circulation des hommes: c'est favoriser le commerce des choses et des idées. Le vieux légiste ne parle que des pèlerins et des voyageurs. Les pèlerinages ont fait place à des relations plus utiles, qui, tout en ayant pour objet direct le lucre, sont aussi un instrument de civilisation. Les voyages d'agrément ou de santé ont pris de nos jours un accroissement prodigieux, par suite de la facilité également prodigieuse des communications. Ces relations entre les divers peuples réagiront sur notre science; en se mêlant, les nations apprendront à se connaître, les peuples imiteront ce qu'ils trouveront de bon chez l'étranger; les lois nationales conserveront toujours une empreinte particulière, mais ce qu'il y a de vérité absolue, éternelle, dans les législations positives étendra son empire, et préparera le terrain à une science qui se propose pour but idéal d'organiser le règne de la justice universelle, dans les relations d'intérêt privé. On voit que le privilége des aubergistes et hôteliers est essentiellement d'intérêt général.

200. Le privilége du voiturier, pour frais de voiture

et dépenses accessoires (C. Nap., art. 2102, 6°, et loi hyp., art. 20, 7°) est aussi établi dans l'intérêt du commerce. Les voituriers ont un gage tacite sur les effets mobiliers qu'ils détiennent et qui forment leur seule garantie, la nécessité de leur condition les obligeant de traiter avec des personnes qu'ils ne connaissent point. Ils rendent aussi service à la société, puisqu'ils sont les agents des relations commerciales. Le privilége, loin de nuire aux autres créanciers, leur profite, puisque le voiturier transporte les marchandises dans les lieux où elles doivent être vendues, et la valeur en est augmentée par le transport; il est juste que la masse chirographaire tienne compte de ce profit au créancier qui le lui procure.

201. Le dernier privilége mobilier (art. 20, n° 8) est celui des créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics, dans l'exercice de leurs fonctions, sur les fonds de leur cautionnement. Il y a des fonctionnaires ou officiers ministériels qui doivent fournir un cautionnement pour la garantie des particuliers forcés de recourir à leur ministère : tels sont les conservateurs des hypothèques (1). Il est inutile de m'arrêter sur ce privilége; établi à charge de fonctionnaires, dans l'intérêt des tiers, il est essentiellement d'intérêt général, on doit même dire qu'il procède du droit public.

III. *Privilége conventionnel. Le créancier gagiste.*

202. En général, l'autonomie des parties contractantes, c'est-à-dire, leur volonté n'est pour rien dans les priviléges. C'est la *qualité* de la créance qui donne à un créancier le droit d'être préféré aux autres créanciers. Qui détermine la qualité à raison de laquelle un créancier est préféré à l'autre? C'est la loi; il ne dépend pas de la volonté des parties contractantes de créer des priviléges (2). Ce principe qui résulte de la nature du privilége, est aussi fondé en raison. Si rien ne dépend, en cette matière, des parties contractantes, c'est que les priviléges

(1) Loi du 21 ventôse an VII, art. 8.
(2) Rejet, 12 décembre 1831, cassation, 6 juillet 1852.

sont fondés sur un intérêt général, comme je l'ai dit pour chacun des priviléges établis par le code Napoléon et, à sa suite, par la loi hypothécaire belge; or c'est à la loi de décider ce qui est d'intérêt général, les parties ne peuvent pas, dans leur intérêt privé, établir une préférence, au nom de l'intérêt public, cela est contradictoire dans les termes. Ce que je dis de la création des priviléges s'applique aussi aux conditions exigées pour leur existence ou leur conservation; car ces conditions aussi sont d'intérêt général, je viens de le prouver en exposant la théorie du code Napoléon, qui est aussi celle de notre loi hypothécaire.

Le principe que les priviléges ne dépendent en rien de la volonté des parties contractantes reçoit exception pour le gage. Aux termes de l'article 2073 du code civil, le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par *privilége* et de préférence aux autres créanciers; or le gage est un contrat qui peut intervenir pour toute espèce de créances; le privilége qui en résulte dépend donc uniquement de la volonté des parties, en ce sens que la *qualité* de la créance n'est point prise en considération.

203. Quand on dit que le privilége du créancier gagiste dépend de la volonté des parties, on ne doit pas en conclure que tout, en cette matière, soit réglé par convention. L'intérêt général est de l'essence des priviléges; rien ne le prouve mieux que les conditions que la loi exige pour que le créancier ait un privilége à raison du gage qu'il a stipulé. La seule convention ne suffit point; il y a d'autres conditions, lesquelles sont prescrites dans l'intérêt des tiers, donc dans un intérêt général. Je dois y insister, parce que cela est capital au point de vue du droit international privé.

Aux termes de l'article 2074, le créancier gagiste ne peut exercer son privilége qu'autant qu'il y a un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, déclarant la somme due ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. Ces formalités sont de l'essence du

gage, en ce qui concerne le privilége. Je transcris les paroles de Gary, le rapporteur du Tribunat. Après avoir dit qu'entre le créancier et le débiteur, on applique le droit commun, l'orateur ajoute : « Mais si cette convention doit être opposée à des *tiers*, si le détenteur du gage réclame, *au préjudice de ces tiers*, le privilége que la loi lui assure, il faut alors que la remise de ce gage, ou la convention dont elle est l'effet aient une date certaine, qui exclue toute idée de fraude et de collusion entre le détenteur et le propriétaire du gage. Sans cette précaution, un débiteur infidèle, au moment où il verrait que ses effets mobiliers vont être saisis, parviendrait, par des intelligences criminelles, à les soustraire à l'action de ses créanciers : c'est-à-dire que le débiteur insolvable créerait en faveur d'un de ses créanciers un gage qui n'existait pas, et enlèverait ainsi aux autres créanciers une partie de leur sûreté. De même, s'il existait un gage, mais de peu de valeur, le débiteur de mauvaise foi pourrait, de complicité avec le créancier gagiste, lui remettre des valeurs précieuses, ce qui diminuerait son patrimoine au préjudice de la masse chirographaire. » Voilà pourquoi, dit Gary, la loi veut que le privilége accordé au créancier n'ait lieu que sous des conditions qui garantissent les droits des autres créanciers (1).

L'article 2074 ajoute : « La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs. » Quels sont les motifs de cette exception? La loi a tenu compte de la modicité de l'intérêt que les tiers avaient à ce que le débiteur remplît des formalités coûteuses, alors qu'il s'agit d'une valeur moindre de cent cinquante francs; et c'est surtout pour les dettes modiques que le gage est usité, en matière civile; il fallait, pour rendre ces conventions possibles, dispenser les parties de remplir les formalités prescrites par l'article 2074.

204. Quand des créances sont remises en gage, la rédaction d'un acte est aussi requise; il faut de plus que

(1) Gary, *Rapport*, n° 7 (Locré, t. VIII, p. 104, édit. de Bruxelles).

l'acte soit signifié au débiteur de la créance donnée en gage. Cette formalité est prescrite par analogie de ce que la loi établit pour la cession des créances. Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Quand une créance est donnée en gage, le créancier gagiste n'en devient pas propriétaire, mais le tiers débiteur ne peut plus payer à son préjudice; il fallait donc que le nantissement lui fût signifié. Cette formalité a un objet plus général; c'est de saisir le créancier gagiste de la créance à l'égard de tous les tiers; elle tient lieu de la publicité que la loi prescrit pour le transport des droits réels immobiliers.

203. L'article 2076 exige une seconde condition pour l'existence du privilége : « Le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. » La loi dit qu'il en est ainsi *dans tous les cas*, c'est-à-dire au cas où le gage a pour objet des meubles corporels, et au cas où il porte sur des créances. L'article 2002 (loi hyp., art. 20, n° 3) s'exprime dans le même sens, il place la créance du créancier gagiste parmi les priviléges, sous la condition qu'il en soit *saisi*. C'est une condition spéciale au privilége qui naît du gage; en général, les priviléges mobiliers existent, pourvu que la chose soit entre les mains du débiteur. Quelle est la raison de cette différence? La convention de nantissement n'est pas rendue publique, de sorte que si le débiteur restait en possession de la chose engagée, rien ne ferait soupçonner l'existence du gage aux autres créanciers, et par suite, les tiers se verraient enlever les meubles les plus précieux, sans qu'ils aient pu se mettre à l'abri de ce danger. C'est pour donner quelque publicité au privilége du gage que la loi veut que le créancier soit mis et reste en possession; le tiers ne peuvent plus compter sur un mobilier que le débiteur ne possède plus. La cour de cassation de France a donné ce sens à la possession. Quel caractère doit-elle avoir? Est-ce que toute espèce de détention suffit? « Il est de l'*essence* du contrat, dit la cour, que la mise en possession du créancier soit un *fait apparent*, d'une *notoriété*

suffisante pour *avertir* les *tiers* que le *débiteur* est *dessaisi*, et que l'objet engagé ne fait plus partie de son actif libre (1). » La possession doit donc être analogue à celle dont parlent les articles 1141 et 2279, c'est-à-dire une possession qui s'annonce ostensiblement comme possession de créancier gagiste.

N° 4. LE STATUT DU PRIVILÉGE MOBILIER.

206. Je viens d'exposer les motifs sur lesquels se fondent les priviléges mobiliers; ils sont tous d'intérêt général, ce qui détermine le caractère réel du statut. La condition que la loi requiert pour l'existence du privilége conduit à la même conclusion; elle veut que le débiteur soit en possession des meubles sur lesquels les créanciers privilégiés réclament une préférence à l'égard des autres créanciers.

Pour les priviléges généraux sur les meubles, la loi ne le dit pas, parce qu'il était inutile de le dire. Dans quelles circonstances les créanciers des frais de justice, des frais funéraires, des frais de dernière maladie ou de subsistance, ainsi que des salaires, viennent-ils réclamer leur privilége? Le débiteur est tombé en déconfiture, les créanciers saisissent son mobilier et le font vendre, puis ceux d'entre eux qui ont un privilége demandent à être colloqués de préférence sur le prix. Quels sont les meubles que les créanciers saisissent et font vendre? Ceux que le débiteur possède, car ils ne peuvent saisir que les biens qui appartiennent à leur débiteur; s'il a aliéné des effets mobiliers, et s'il les a livrés à l'acheteur, ces meubles cesseront, par le fait même, d'être le gage des créanciers. En ce sens, la possession est la condition essentielle de l'exercice du privilége, et l'on peut dire de son existence.

Il en est de même des priviléges spéciaux sur certains meubles; tous supposent, quand ils prennent naissance, que le débiteur possède l'effet mobilier qui est affecté à la garantie du créancier. Pour que le bailleur ait un privi-

(1) Rejet, 29 décembre 1875 (Sirey, 1876, 1, 109).

lége sur les meubles qui garnissent la maison louée ou la ferme, il faut que le preneur les ait introduits dans les lieux loués; des meubles qu'il posséderait en dehors de la maison ou de la ferme ne garniraient pas, donc ils ne seraient pas grevés du privilége. Le privilége se maintient tant que le preneur reste en possession; d'après le principe qui régit tous les priviléges, celui du bailleur cesserait dès que les meubles seraient déplacés; par faveur spéciale pour le *seigneur d'hôtel* et pour le *seigneur de métairie*, la loi lui permet de saisir les meubles qui ont été déplacés sans son consentement, afin de les replacer dans la maison louée ou la ferme. Ce droit de saisie donne au bailleur un véritable droit de suite, il peut revendiquer les objets mobiliers que le preneur aurait aliénés et livrés à l'acheteur, à moins que la vente n'ait été faite de son consentement exprès ou tacite. Mais la loi veut que la saisie-revendication se fasse dans la quinzaine, quand il s'agit de meubles garnissant une maison, et dans les quarante jours, lorsqu'il s'agit de meubles garnissant une ferme. La loi concilie les droits du créancier privilégié avec ceux des tiers; au bailleur elle accorde un délai plus ou moins long, d'après la connaissance qu'il peut avoir du déplacement; le délai est toujours très court, afin d'assurer la stabilité de la propriété dans les mains des tiers qui l'ont acquise. On voit qu'à chaque pas, et alors même que le législateur déroge au droit commun, en matière de possession, il se préoccupe de l'intérêt général, ce qui confirme la nature réelle du statut des priviléges.

Quant au créancier gagiste, la loi dit formellement que le privilége n'existe que sur le gage dont le créancier est *saisi*. Je viens de dire que l'existence et la conservation de ce privilége sont subordonnées à la possession du créancier; pour que le créancier puisse obtenir cette possession, il faut que le débiteur la lui ait donnée, par conséquent lui-même doit avoir possédé, et il continue à posséder par l'intermédiaire du créancier auquel il remet le gage, car le créancier gagiste possède pour le débiteur.

Le code civil et la loi hypothécaire ne parlent pas de

la possession du débiteur, quand il s'agit du privilége de l'ouvrier qui a conservé la chose; le principe général suffit pour subordonner l'existence et la conservation du privilége à la possession.

Quant au privilége du vendeur, la loi exige que les effets mobiliers soient encore en la possession du débiteur, Le vendeur risque donc de perdre son privilége, si l'acheteur revend; voilà pourquoi la loi lui donne le droit de saisir la chose entre les mains de l'acheteur, afin d'empêcher la revente. Ce droit de revendication peut compromettre les droits des tiers qui traitent avec l'acheteur; pour concilier tous les droits et tous les intérêts, la loi veut que la revendication se fasse dans la huitaine de la livraison. C'est une mesure purement conservatoire, une mainmise sur la chose vendue, qui permet au vendeur de demander la résolution de la vente, ou le payement du prix avec garantie du privilége. Mais cet acte porterait atteinte au droit de l'acheteur et aux intérêts des tiers, si la revendication pouvait s'exercer pendant un temps plus ou moins long; la loi tient compte des divers droits qui sont en conflit, en limitant la saisie à un bref délai.

Les aubergistes et les voituriers sont des créanciers gagistes, ce qui implique qu'ils soient en possession de la chose sur laquelle ils ont un droit; dès que les choses sont transportées hors de l'auberge, le privilége cesse, de même que celui du voiturier quand il a remis les choses voiturées au destinataire : la loi déroge cependant à la rigueur de ce principe en permettant au voiturier d'exercer son droit encore pendant les vingt-quatre heures qui suivront la remise au destinataire, toutefois sous la condition expresse que celui-ci en ait conservé la possession.

207. Ainsi la possession soit du débiteur, soit, pour certains priviléges, du créancier, est la condition essentielle de l'existence et de la conservation du privilége. De là suit que les priviléges mobiliers sont essentiellement territoriaux. C'est une dérogation au principe traditionnel, que les meubles suivent la loi du domicile de la personne à laquelle ils appartiennent. La tradition se fonde sur le vieil adage qui refuse une situation aux choses mobilières.

Mais, dans l'espèce, il est impossible de nier qu'elles aient une situation, puisque la loi exige qu'elles soient en la possession du débiteur pour que le privilége existe, et la possession implique nécessairement une situation déterminée, *réelle*, car la possession doit être *réelle* (art. 1141). Cela veut dire, comme l'a jugé la cour de cassation, que la possession doit avoir une certaine notoriété qui la rende publique dans l'intérêt des tiers. Cette considération écarte absolument la situation fictive des meubles au domicile du propriétaire; la fiction ne donne aucune publicité à la possession, elle exclut, au contraire, toute possession publique; si l'on s'en tenait à la fiction, des meubles qui se trouvent à Bruxelles seraient censés avoir une situation à Gand, domicile du propriétaire. Cette possession fictive à Gand sera-t-elle publique pour les créanciers de Gand qui traitent avec le débiteur domicilié à Gand? La question n'a point de sens. Il faut donc écarter toute situation fictive, en matière de priviléges, et rentrer dans la réalité des choses; les meubles ont leur situation là où le débiteur les possède; c'est la loi de ce lieu qui les régit.

208. On peut faire des objections contre la réalité des priviléges mobiliers. Les priviléges mobiliers sont attachés à certaines créances qui se forment par concours de consentement; n'en faut-il pas conclure qu'ils dépendent de l'autonomie des parties contractantes, ce qui conduirait à la conséquence que le statut est personnel, en ce sens du moins que le privilége serait régi par la loi de la personne, laquelle étend ses effets partout. Ainsi le privilége du bailleur est fondé sur un gage tacite, et le gage suppose une convention; voilà en apparence un privilége conventionnel. En réalité, ce n'est pas la convention qui le crée, car il est accordé à la qualité de la créance, et cette qualité ne dépend pas de la volonté des parties, elle dépend de la loi.

Il est inutile d'insister pour les privilége spéciaux; il est d'évidence qu'ils ne dépendent pas du statut personnel, puisque, en vertu de ce statut, ils s'étendraient sur tous les biens du débiteur, ce qui est un non-sens. Quant aux priviléges généraux, ils grèvent tous les effets mobiliers du

débiteur, quelle que soit leur situation. Est-ce à dire que les créanciers français puissent les exercer sur les meubles situés en pays étranger ? La loi française ne peut pas affecter d'un privilége des biens qui ne sont pas soumis à son autorité ; ce serait démembrer des biens soumis à une autre souveraineté. Cela prouve que la loi des priviléges mobiliers n'est pas la loi personnelle du propriétaire des meubles.

209. Sous ce rapport les meubles sont soumis à la loi territoriale, de même que les immeubles. Ici il y a un nouveau motif de douter. L'article 3 du code Napoléon, qui établit le principe de la réalité des statuts, ne parle que des immeubles, et le motif que Portalis en donne ne reçoit pas d'application aux meubles ; on ne peut pas dire que les meubles composent le territoire. La tradition disait, au contraire, que les meubles suivent la personne, précisément parce qu'ils n'ont point de situation territoriale. Si l'on s'en tient à la doctrine de Portalis, il faut dire que la souveraineté territoriale est hors de cause ; mais la souveraineté a changé de caractère, elle n'est plus attachée à la glèbe, elle gouverne tous les intérêts généraux, qu'ils concernent les personnes ou les choses, les meubles ou les immeubles ; et toutes les lois qui règlent les intérêts de la société forment des statuts réels, territoriaux. Ce n'est pas renverser la tradition, c'est lui donner une interprétation conforme à son esprit. Les meubles, d'après la tradition, suivaient la personne ; cela implique que la souveraineté des coutumes était hors de cause. Mais si une loi concernant les meubles est d'intérêt social, la souveraineté doit reprendre son autorité, et par conséquent il faut revenir au vieil adage que la coutume est réelle. Cela est certainement dans l'esprit de la tradition. La cour de cassation de France a donc eu raison de placer les priviléges mobiliers parmi les matières qui dépendent du statut de la situation.

210. C'est d'après ces principes qu'il faut décider la question de savoir si les priviléges généraux sur les meubles s'étendent aux meubles situés en pays étranger. Ces meubles font sans doute partie du patrimoine mobilier du

débiteur, mais quand le patrimoine se compose de biens situés dans des pays différents, il est soumis à autant de lois diverses. Dans le système traditionnel, cela n'est pas douteux. On admettait même ce principe en matière de successions, malgré le principe de l'unité de la personne et du patrimoine; à plus forte raison faut-il l'admettre pour les meubles qui ne forment pas une universalité: tels sont les meubles grevés d'un privilége. Ceux qui sont situés à l'étranger sont régis par la loi étrangère; si la loi territoriale admet le privilége général réclamé par les créanciers français, ils pourront l'exercer, conformément à la loi du territoire; sinon ils seront placés quant à ces meubles, parmi les créanciers chirographaires, quand même l'ordre serait réglé par un tribunal français, car ce tribunal doit statuer d'après la loi de la situation, puisqu'il s'agit d'un conflit entre statuts réels.

211. Ces principes s'appliquent même au privilége du créancier gagiste, quoiqu'il soit, par exception, créé par voie de convention. C'est la loi qui détermine les conditions requises pour l'existence et la conservation du privilége ; or, les conditions forment l'essence du privilége; si elles ne sont pas remplies, le privilége n'existe pas ou ne peut être exercé; partant le privilége est réel, et à ce titre la loi territoriale domine le statut personnel de l'étranger.

Voici une application du principe sur laquelle il ne saurait y avoir de doute. Un étranger ne pourrait, en France, concéder le privilége de gage, sans observer les conditions exigées par le code Napoléon, pour que ce privilége soit opposable aux tiers, c'est-à-dire à la masse chirographaire. Je suppose que, d'après sa loi personnelle, un acte écrit ne soit pas nécessaire, ni, par conséquent, l'enregistrement, la possession étant considérée comme suffisante; le créancier gagiste ne pourrait pas opposer son privilége aux autres créanciers, en vertu de son statut personnel; le statut territorial, qui prescrit un acte et l'enregistrement, a pour objet de prévenir les fraudes qu'il serait facile de commettre au préjudice de la masse chirographaire; or le statut des fraudes est, par sa nature, d'intérêt général, et partant réel. Par contre, si la loi

personnelle de l'étranger exigeait un acte même pour une valeur de 150 francs, le privilége serait néanmoins valable en France; la masse chirographaire ne pourrait pas se prévaloir de la loi personnelle de l'étranger, car la question est décidée par la loi territoriale, qui seule régit les priviléges.

Si le gage était constitué à l'étranger, et valable d'après la loi étrangère, le créancier pourrait-il s'en prévaloir en France? Les créanciers peuvent exercer leur droit sur tous les biens de leur débiteur, donc aussi sur le mobilier qui se trouve en pays étranger, mais, dans ce cas, ils sont soumis à la loi territoriale du pays où se trouvent les meubles; lors donc qu'ils saisissent les meubles que leur débiteur y possède, ils doivent respecter les priviléges qu'un créancier y aurait acquis, en vertu de la loi territoriale : ils ne peuvent pas invoquer la loi française, car le caractère des lois réelles est d'être renfermées dans leur territoire. Cela est décisif. Ainsi quand la loi étrangère accorde le privilége au créancier gagiste, sans rédaction d'un acte, sans enregistrement, ce privilége étant valable d'après la loi territoriale, la masse chirographaire française devrait le respecter.

La décision serait différente si le gage avait été transporté par le créancier en France : la loi territoriale serait applicable; en effet, elle étend son empire sur toutes les choses qui se trouvent dans les limites du territoire qu'elle régit. Du moment qu'un meuble est transporté d'un Etat dans l'autre, il cesse d'être gouverné par la loi du pays où il se trouvait, et il subit la loi du territoire où il se trouve actuellement, donc la loi française, si le créancier gagiste se présente à un concours de créanciers et y réclame son privilége. Vainement invoquerait-il son droit acquis en vertu de son statut personnel, qui était aussi le statut territorial de la chose engagée; la masse chirographaire répondrait qu'elle ne connaît d'autres priviléges que ceux qui sont établis par la loi française. Cela est d'évidence en ce qui concerne la possession, puisque, d'après le code Napoléon, le créancier doit rester en possession pour réclamer son privilége; si donc le créancier

n'était plus en possession de la chose engagée, le privilége cesserait. Cela est encore certain s'il s'agissait d'une créance engagée et que l'acte de gage n'aurait pas été signifié au débiteur; car cette signification, dans l'esprit de la loi française, est une publicité, et il n'y a point de privilége sans publicité, quand la loi la prescrit dans l'intérêt des tiers. Enfin l'acte est requis pour empêcher la fraude; sous ce rapport encore, la loi territoriale doit recevoir son application. Conçoit-on qu'une loi étrangère impose à la masse chirographaire un privilége qui pourrait être frauduleux, qui serait clandestin, et que, par conséquent, les créanciers au préjudice desquels il s'exerce n'auraient pu connaître? Ce serait empiéter sur la souveraineté française. Il n'y a pas de droit acquis en cette matière, puisque le droit ne s'acquiert qu'en vertu de la loi territoriale (1).

212. Des difficultés analogues se présentent pour le privilége du vendeur. Si c'est un étranger, il ne peut réclamer son privilége en France que sous la condition que l'acheteur soit encore en possession de la chose vendue; car, d'après la loi française, le vendeur d'une chose mobilière, de même que tous les créanciers privilégiés sur meubles, ne peut exercer son privilége contre un tiers possesseur de bonne foi, parce que les meubles n'ont pas de suite, et ce principe est d'intérêt général, puisqu'il est une conséquence de la règle établie par l'article 2279, qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, règle introduite dans l'intérêt du commerce, et qui est essentiellement territoriale. Le vendeur étranger ne pourrait invoquer son statut personnel, s'il lui donnait le droit de suite; car dans le conflit du statut personnel et du statut territorial, c'est celui-ci qui l'emporte; ce qui est très juste, car c'est au législateur de chaque pays de régler comme il l'entend les intérêts vitaux du commerce.

Le principe que les meubles n'ont point de suite, très

(1) Comparez, en sens divers, Savigny. *Das heutige römische Recht*, t. VIII, p. 195 et suiv. Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 386-388; Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 226 et suiv.; Asser, *Het internationaal Privaatregt*, p. 72.

favorable aux tiers possesseurs, constitue un grand danger pour les vendeurs. Le code Napoléon cherche à concilier ces intérêts contraires en permettant au vendeur non payé de revendiquer la chose vendue entre les mains de l'acheteur, afin d'empêcher celui-ci de revendre. Si l'acheteur est étranger et s'il transporte la chose dans son pays, quels seront les droits du vendeur? A-t-il la revendication? et quelle est la loi qui régit ce droit? Il faut voir d'abord si le vendeur français peut exercer son privilége en pays étranger. Son privilége est territorial, il suppose que la chose vendue se trouve en France; la loi française affecte la chose d'un privilége, mais la loi des priviléges étant réelle n'a aucun effet hors du territoire sur lequel elle exerce son autorité. Si, dans le pays où l'acheteur a transporté la chose, la loi reconnaît un privilége au vendeur, sans autre condition que celle qui est prescrite par la loi française, à savoir que l'acheteur soit en possession, le vendeur sera privilégié à l'étranger, comme il l'est en France.

Mais si la loi étrangère prescrit d'autres conditions, le vendeur sera soumis à la loi territoriale. Celle-ci exige, je le suppose, que la vente soit faite sans terme, elle refuse le privilége quand le vendeur, en accordant un terme, a suivi la foi de l'acheteur: dans ce cas, le vendeur à terme, qui avait un privilége en France, n'en aura pas en pays étranger; dès lors il ne peut plus être question de revendiquer la chose vendue, car la revendication est accordée au vendeur comme moyen de conserver son privilége. A plus forte raison, la revendication n'a plus de raison d'être si la loi territoriale étrangère ne donne pas de privilége au vendeur, à moins qu'elle ne lui permette de saisir la chose vendue dans le but d'assurer son action en résolution de la vente, pour non payement du prix.

Si le vendeur a un privilége dans le pays où l'acheteur a transporté la chose, pourra-t-il revendiquer la chose, comme mesure conservatoire de son droit? Revendiquer, c'est saisir, et la saisie, quel que soit son objet, dépend du statut réel. Dans l'espèce, il y a un motif péremptoire pour ne permettre la revendication au vendeur français

que si la loi étrangère lui accorde ce droit; c'est que la saisie a pour objet et pour effet d'empêcher l'acheteur de revendre la chose; or vendre est un droit du propriétaire, et un des attributs essentiels de la propriété. Une loi étrangère ne peut pas entraver l'exercice de la propriété dans un pays où elle n'a aucune autorité, donc la revendication dépend de la loi territoriale, et elle est régie, quant aux conditions, par cette loi. Par contre, si un vendeur étranger veut exercer en France la revendication, il le peut en vertu de la loi territoriale, mais aussi en conformité de cette loi, quelles que soient du reste les conditions prescrites par sa loi personnelle. Ces conditions varient d'une législation à l'autre; celles que le code Napoléon (1) prescrit sont très rigoureuses, mais comme elles sont établies dans l'intérêt du commerce, tout est d'intérêt général en cette matière et dépend, par conséquent, du statut territorial (2).

§ IV. — *Transmission de la propriété.*

N° 1. LE DROIT FRANÇAIS.

213. L'article 711 du code Napoléon porte : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire et par l'effet des obligations. » J'ai traité des successions, donations et testaments dans le tome VI de ces Etudes. Quant aux *obligations*, la rédaction de l'article 711 est inexacte; l'obligation engendre un lien personnel, qui donne une action au créancier contre le débiteur, mais ce lien ne saurait transférer la propriété; le législateur a voulu dire que les contrats qui ont pour objet la translation de la propriété ou d'un démembrement de la propriété, transmettent la propriété par le concours de volontés des parties, sans qu'il soit besoin de tradition (art. 1138).

La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription (art. 712). D'après l'ordre suivi

(1) Article 2102, 4°, et *Loi hypothécaire belge*, art. 120, n° 5.
(2) Comparez Story, *Conflict of laws*, p. 596, §§ 401 et 402 (7e édit.).

par le code civil, il sera traité de la prescription à la fin de ces Etudes.

Les articles 711 et 712 ne parlent pas de l'occupation, qui a toujours été considérée comme un mode d'acquérir la propriété. J'en dirai peu de chose, la matière n'ayant guère d'importance pour le droit civil international; l'accession mobilière n'en a aucune. Le principal objet de cette Etude sera donc la transmission de la propriété par l'effet des contrats.

214. Savigny dit, sans motiver son avis, que l'occupation dépend du statut réel, c'est-à-dire que c'est la loi territoriale qui décide si une chose est sans maître, et si, à ce titre, elle appartient au premier occupant (1). Les orateurs du gouvernement et du Tribunat nous diront pourquoi l'occupation est une dépendance du droit public et par conséquent du statut réel. On lit dans l'Exposé des motifs du titre de la Propriété par Treilhard : « Vous avez érigé en loi la maxime que les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la nation; conséquence nécessaire de l'*abolition du droit du premier occupant*, droit inadmissible dans une *société organisée* (2). » D'après ces paroles, on pourrait croire que le droit d'occupation est aboli, parce qu'il peut conduire à des luttes et à des violences. De fait, le code, sans prononcer le mot, consacre le droit du premier occupant dans quelques-unes de ses applications, la pêche, la chasse, le trésor (art. 714-717). Admettant des cas dans lesquels il y a lieu au droit d'occupation, pourquoi le code a-t-il omis de le mentionner parmi les modes par lesquels on acquiert la propriété? L'orateur du Tribunat répond : « Quant aux choses mobilières, quoique, par leur nature, elles soient, même dans l'ordre social, susceptibles de l'*occupation*, la société a dû régler aussi la manière dont on les acquerrait. C'est pour cela que l'*occupation simplement et proprement dite* n'est pas mentionnée à leur égard. L'*état social* ne permet pas que la chasse, la pêche, les trésors, les effets que la mer rejette, les choses perdues soient, comme dans l'*état de na-*

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 183.
(2) Treilhard, *Discours*, n° 19 (Locré, t. IV, p. 31).

ture, au premier occupant. L'usage des facultés naturelles, les faveurs du hasard et l'avantage de la primauté ne doivent pas être en contradiction avec une propriété préexistante et mieux fondée en droit (1). » Ainsi les auteurs du code ont entendu rejeter l'occupation déréglée, telle qu'on la supposait dans le berceau de l'humanité, ou, comme dit Siméon, dans l'état de nature; mais l'occupation réglée par la loi subsiste. Les motifs pour lesquels le législateur intervient impliquent que l'occupation appartient au droit public, c'est l'état social qui prend la place de l'état de nature; donc l'occupation est une dépendance du statut réel ou territorial.

Quelles sont ces lois qui règlent le droit d'occupation? Sur ce point règne la plus grande incertitude. Je prends comme exemple les choses perdues ou égarées. Le code civil dit que les droits sur les choses dont le maître ne se représente pas seront réglés par des lois particulières (art. 717); il y a quelques lois spéciales, telles que la loi belge du 28 février 1860 qui déclare applicable aux chemins de fer le décret du 13 août 1810 sur les effets confiés aux messageries; mais il n'y a point de loi générale. Peut-on admettre, en conséquence, un droit d'occupation pour les épaves? J'ai discuté la question dans mes *Principes de droit civil*, auxquels je renvoie (t. VIII, p. 545-550).

215. L'article 546 du code civil porte : « La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession. » Ce droit est rangé par l'article 712 parmi les modes d'acquérir la propriété. Voilà un mode d'acquisition dont l'existence même est révoquée en doute. L'accession repose sur ce principe que la propriété de la chose, dite principale, emporte la propriété de la chose, dite accessoire, parce que celle-ci est une dépendance de la première. Cela est-il exact? On le conteste, et avec raison. Je prends comme exemple les fruits. Le

(1) Siméon, *Discours*, n° 4 (Locré, t. V, p. 130).

croît des animaux est un fruit naturel (art. 583) ; propriétaire d'un troupeau, j'ai droit au croît : est-ce en vertu du droit d'accession? Tant que les jeunes bêtes ne sont pas nées, elles s'identifient avec l'animal; il est impossible, dans ce cas, de distinguer le croît, bien qu'il existe et qu'il m'appartienne; quand les jeunes bêtes viennent à naître, est-ce une nouvelle propriété qui se forme par droit d'accession? Le croît était à moi, et il reste à moi, comme conséquence du droit de propriété. En effet, la propriété n'est-elle pas le droit de jouir, c'est-à-dire de percevoir les fruits? Donc j'ai droit au croît, en ma qualité de propriétaire, comme j'ai droit aux fruits produits par le fonds de terre qui m'appartient : il n'y a pas là deux propriétés, une propriété principale, puis une propriété qui se forme par accession, il n'y en a qu'une seule.

Faut-il demander si le droit d'accession mobilière forme un statut réel? Ce serait faire du droit, comme on fait de l'art par amour pour l'art. Mais le droit est une science utile, nécessaire; il en faut bannir les abstractions, et à plus forte raison en faut-il bannir les discussions qui n'ont aucun intérêt pour la vie réelle. Telle est la question de savoir si l'accession mobilière forme un statut réel en droit français. L'accession en matière de meubles n'a pas d'application possible, car elle suppose le droit de revendiquer les objets mobiliers, et l'article 2279 empêche toute revendication, sauf dans les rares cas où le possesseur est de mauvaise foi, et quand il s'agit d'effets volés ou perdus. C'est dire que l'accession mobilière ne se présente pas dans la pratique judiciaire; à quoi bon alors discuter si la loi qui le régit forme un statut réel? J'y reviendrai en traitant de l'accession immobilière (1).

216. L'article 1138 du code civil établit le principe que la propriété se transfère par le seul effet du consentement des parties contractantes, encore que la tradition de la chose n'ait pas été faite. C'est une innovation. Dans l'ancien droit français, conforme en cela au droit romain,

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VI, p. 400, n° 313.

les contrats ne transféraient pas la propriété, ils engendraient seulement une obligation; le créancier avait contre le débiteur une action tendante à ce que la chose lui fût donnée, mais la transmission de la propriété ne se faisait que par la tradition. Quelle était la raison de ce principe? Pourquoi fallait-il la tradition pour que la propriété fût transférée? Les auteurs qui ont écrit sur le droit naturel furent les premiers qui soumirent les principes du droit romain à l'examen de la raison. Grotius demande si la tradition est nécessaire pour transférer la propriété. Il répond que la seule volonté du maître de la chose doit suffire; pourquoi, outre cette volonté, faudrait-il encore un fait matériel que l'on appelle la tradition? Un fait matériel, quand même il transmet la possession, ne saurait avoir pour effet de transmettre un droit; car on peut très bien posséder sans être propriétaire, et on peut être propriétaire sans posséder. C'est donc la volonté, manifestée par le fait de la tradition, qui transfère réellement la propriété. S'il en est ainsi, on ne voit pas pourquoi, outre la volonté, il faut la délivrance matérielle de la chose (1).

217. La question est très importante pour le droit civil international. On considère généralement la transmission de la propriété comme une dépendance du statut réel. Quelle est la raison de ce principe que les auteurs citent comme un axiome, sans même le motiver? C'est probablement la maxime fameuse du droit romain d'après laquelle la propriété ne se transfère pas par des contrats, mais par la tradition ou l'usucapion fondée sur la possession. La possession jouait donc le grand rôle dans la transmission de la propriété, or la possession a toujours été considérée comme une dépendance du statut territorial, surtout quand il s'agit d'un immeuble, et ce qui est vrai des immeubles doit l'être aussi des meubles. Je reviendrai sur ce point. Doit-on maintenir le principe sous l'empire de la nouvelle théorie, inaugurée par Grotius, et maintenue par Pufendorf et Wolf? Quand tout dépend de la volonté, le territoire et les lois qui le régissent ne sont

(1) Grotius, *De jure belli*, II, 8, 25.

plus en cause; la volonté procède de l'autonomie des parties contractantes, et l'autonomie ne se règle pas par les limites des Etats, elle a effet partout, quelle que soit la situation des biens. Il en est ainsi en matière de testaments; et il n'y a pas une ombre de raison pour qu'il en soit autrement en matière de contrats. Les Douze Tables qualifiaient de *loi* la disposition que le testateur faisait de ses biens; cette loi avait effet partout. Eh bien, le code Napoléon dit la même chose des contrats : « Les *conventions* légalement formées tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites » (art. 1134). Donc les statuts sont hors de cause, car le statut est une loi ou une coutume qui s'impose aux particuliers, tandis que les parties qui contractent sont elles-mêmes législateurs. C'est le principe que Dumoulin a fait prévaloir dans les conventions matrimoniales; pour mieux dire, le principe était admis par les réalistes eux-mêmes; d'Argentré avouait que les conventions expresses des époux avaient effet sur tous leurs biens, quelle que fût leur situation; il y avait seulement controverse sur la communauté qui se forme entre les époux lorsqu'ils n'ont pas fait de contrat. Dans les conventions ordinaires, on n'a jamais douté que la volonté des parties ne fît loi. Dès lors, c'est cette volonté qui détermine aussi la translation de la propriété; et, partant, il ne peut être question d'un statut réel. Dans l'ancien droit, la nécessité de la tradition obscurcissait les idées, la volonté des parties ne semblait plus jouer aucun rôle dans la transmission de la propriété; dès lors il fallait s'en tenir à la règle universellement admise que toute coutume est réelle. Mais, dans la théorie de Grotius, la coutume ou la loi n'interviennent plus, la volonté de l'homme seule décide, et la volonté ne connaît pas les limites des territoires. Voilà pourquoi on disait que le statut des testaments est personnel, en ce sens que la volonté du testateur fait loi partout. Il faut dire la même chose des contrats; car la volonté des parties contractantes n'a point de limite. Cela me paraît décisif, au point de vue des principes. Reste à voir si cette théorie est celle du code civil.

218. Je transcris d'abord l'article 1138 : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties. » La loi est mal rédigée, mais il n'y a aucun doute sur ce que le code civil a voulu dire : la propriété se transfère par la volonté des parties.

Le deuxième alinéa continue : « Elle (l'obligation de livrer) rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée. » Le législateur a voulu dire que la propriété se transfère dès que le contrat est parfait, et en vertu du contrat; il ajoute : « Encore que la tradition n'en ait point été faite. » Ces mots indiquent le sens de l'article 1138 et l'innovation qu'il consacre. Dans l'ancien droit, la propriété se transférait par la tradition; d'après le code civil, la tradition n'est plus requise. la propriété est transmise au créancier, avant toute tradition, donc par le seul effet du contrat, et du moment que le contrat est parfait par le consentement des parties contractantes.

D'ordinaire je recours aux discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat pour expliquer le sens et la portée des principes établis par le code civil, afin de déterminer par là la nature du statut. Dans l'espèce, il faut deviner la pensée du législateur. L'article 1138 établit un principe fondamental du droit français, il consacre une innovation importante à l'ancien droit. Eh bien, lisez l'Exposé des motifs de Bigot-Préameneu, lisez les discours du rapporteur du Tribunat, Favard, et de l'orateur du Tribunat, Mouricault, et vous n'y trouverez pas une trace de cette innovation, ni, par suite, des motifs pour lesquels les auteurs du code ont dérogé à l'ancien droit. Un des bons interprètes du code civil, Bugnet, dans ses notes sur Pothier, après avoir transcrit les passages que j'ai cités dans mes *Principes de droit civil*, dit qu'il est difficile d'accumuler plus d'erreurs en aussi peu de mots ; il accuse l'orateur du gouvernement d'ignorer les premiers éléments du droit, et il dit du rapporteur du Tribunat que c'est un pauvre légiste et un mauvais historien (1). Le langage est

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XVI, p. 419, n° 356.

dur, mais je n'ose pas dire qu'il est injuste. J'ajouterai une réflexion que l'histoire de l'humanité suggère et qui nous réconciliera avec l'imperfection humaine. Il est rare, si toutefois cela est jamais arrivé, que les hommes prévoient la portée de ce qu'ils font, et que de fois il arrive qu'ils font le contraire de ce qu'ils ont voulu! Cela m'a conduit, dans mes Etudes sur l'histoire, à distinguer ce que les hommes veulent et ce que Dieu veut. Si cette opposition accuse notre faiblesse et notre aveuglement, elle témoigne aussi que, malgré notre imperfection, le progrès s'accomplit par l'intervention incessante de la Providence. L'histoire atteste encore que cette intervention n'exclut point la liberté: si l'homme naît imparfait, il est appelé à se perfectionner, et s'il n'atteindra jamais la perfection, il réalisera néanmoins, dans les limites de son imperfection, la mission que Jésus-Christ a marquée dans ces profondes paroles : « Soyez parfaits comme votre Père dans les cieux ». La perfection relative que l'homme atteindra consistera à avoir conscience des desseins de Dieu, et à travailler, de concert avec la Providence, à l'œuvre infinie de son perfectionnement et du progrès social. Si les auteurs du code civil n'ont pas toujours eu conscience du progrès qu'ils accomplissaient, cela ne les a pas empêchés de faire une œuvre qui a servi de modèle aux autres peuples. Je ne connais point de code dont on puisse faire cet éloge.

219. Le sens de l'article 1138 n'est point douteux. C'est à Grotius que revient l'honneur de l'innovation, et par conséquent du progrès réalisé par le code français : le nouveau principe est celui de la puissance de la volonté humaine; c'est un principe d'une immense portée, et qui réagira sur notre science. Tel que l'article 1138 le formule, il est trop absolu. La disposition ne s'applique pas au cas où le contrat a pour objet une chose indéterminée. Pour que la propriété se transfère par le seul effet du contrat, il faut que la chose soit déterminée et certaine; si elle était indéterminée, la translation de la propriété ne pourrait pas se faire, car le créancier ne saurait sur quoi exercer son droit, donc il n'est réellement pas

propriétaire. Quand le deviendra-t-il? On répond d'ordinaire : Lors de la tradition. Cela n'est pas exact, et cela conduirait à croire que la tradition joue encore un rôle dans la translation de la propriété. Il n'en est rien. Ce qui empêche la translation de la propriété d'une chose indéterminée, c'est que le créancier ne sait sur quelle chose il exercera son droit; donc du moment où il le sait, l'obstacle disparaît, et par conséquent la propriété est transférée. Or, la détermination de la chose peut se faire et elle se fait toujours par le consentement des parties, indépendamment de la tradition; si d'ordinaire elle a lieu lors de la tradition, c'est que, régulièrement, les parties consentent à ce moment, le débiteur en offrant la chose, et le créancier en l'acceptant, mais rien n'empêche les parties de déterminer la chose, avant toute tradition; et dès l'instant où la chose est déterminée, la translation de la propriété s'opère. Donc ce n'est jamais par la tradition que la propriété est transférée, c'est toujours par l'effet de la volonté.

220. Le principe est d'une grande importance pour la nature du statut qui règle la translation de la propriété. Tant que la tradition jouait le grand rôle dans la transmission de la propriété, le statut était par cela même réel, puisque la possession requise pour que la propriété fût transférée est essentiellement territoriale. Elle donnait une espèce de publicité à la translation de la propriété, puisque la possession est de sa nature un fait public. Or la publicité dépend du statut réel, puisqu'elle est établie dans l'intérêt des tiers. En est-il encore de même sous l'empire du nouveau principe qui rattache la translation de la propriété à la volonté des parties contractantes ? Les auteurs le disent, sans se douter que les bases du droit traditionnel auquel ils sont restés attachés manquent dans notre droit moderne.

La possession était un élément territorial, donc réel. Est-ce qu'on en dira autant de la volonté des parties ? Qu'on veuille bien me dire ce qu'il y a de territorial et de réel dans la volonté humaine? A vrai dire, le statut de la volonté n'est pas plus personnel que réel, puisque tout

dépend de l'autonomie des parties contractantes. Sous l'empire du code civil, il en était ainsi à l'égard des tiers aussi bien qu'entre les parties; cela écarte l'intérêt des tiers; il n'y a plus aucune publicité, pas même celle qui résulte de la tradition; l'autonomie est absolue. Or là où l'homme commande en maître absolu, il n'y a plus de place pour la loi, ni par conséquent pour la théorie des statuts. Je viens de dire que la volonté de l'homme domine, alors même que la chose qui fait l'objet du contrat est indéterminée (n° 219); c'est toujours la volonté de l'homme qui intervient pour déterminer la chose, et qui, par conséquent, transmet la propriété; et si l'autonomie conserve son empire, il ne saurait être question d'un statut réel. On ne peut donc pas invoquer l'intérêt des tiers, puisque le législateur français n'en a tenu aucun compte.

On dira qu'il n'y a aucune trace dans le texte du code, ni dans les travaux péremptoires, de cette innovation que le législateur aurait apportée à la théorie traditionnelle des statuts. Je réponds que le code civil se borne à poser quelques principes empruntés à la tradition, mais de là on ne saurait conclure que l'ancienne théorie reste debout, alors même que les principes sur lesquels elle reposait auraient été modifiés par la législation nouvelle. Une pareille interprétation est inadmissible; quand les principes changent, les conséquences qui en découlent doivent changer aussi. L'innovation est restée obscure et incertaine dans l'esprit du législateur français : comment veut-on qu'il ait aperçu les conséquences qui en découlent dans une matière qui est étrangère au code, en ce sens qu'il ne s'en occupe pas? C'est à la science de combler la lacune. En le faisant, elle reste fidèle à l'esprit de la tradition française. Les anciens statutaires ont toujours admis que le statut cessait d'être réel quand la volonté seule de l'homme est en jeu. Cela est décisif dans notre débat; les statutaires maintenaient la réalité, en ce qui concerne la transmission de la propriété, parce que ce n'était pas la volonté de l'homme, mais la tradition qui y dominait; aujourd'hui la tradition est rejetée, et tout dépend de la volonté; donc il faut faire ce qu'auraient fait

les statutaires, et rapporter au statut personnel tout ce qui a rapport à l'autonomie.

221. Le projet de code civil, tout en rejetant la tradition pour la translation de la propriété, maintenait la transcription des actes translatifs de propriété immobilière. Il conciliait par là l'autorité attachée à la volonté des parties avec l'intérêt des tiers; entre les parties contractantes, la volonté suffisait pour transférer la propriété; à l'égard des tiers, il fallait la transcription, c'est-à-dire une publicité bien plus efficace que celle qui résulte de la tradition. Ce système fut bouleversé, comme je le dirai plus loin, par l'abandon de la transcription. Il en résulta que la propriété se transmettait à l'égard des tiers, comme entre les parties, par le seul effet du contrat, bien que le contrat restât secret. La clandestinité était un des grands défauts de la législation française. En Belgique, la loi du 16 décembre 1851 revint au système de publicité; en France, une loi du 23 mars 1855 rétablit également la transcription. J'y reviendrai en traitant du statut des immeubles.

La nouvelle législation ne concerne que les droits réels immobiliers. Quant aux meubles, le code Napoléon reste en vigueur : la propriété se transfère, à l'égard des tiers comme entre les parties, par le seul effet du contrat. La tradition est rejetée pour les meubles comme pour les immeubles. On a cru que l'article 1141 maintient la tradition, quand les tiers sont intéressés dans la translation de la propriété. Cela n'est pas exact. Cet article prévoit une difficulté particulière, et il la décide, non par le principe de la tradition, mais par le principe de l'article 2279 qui est absolument étranger au droit romain. Après avoir vendu la chose à Pierre, je la revends à Paul, et je la lui livre : Paul sera-t-il propriétaire en vertu de cette tradition? S'il était vrai, comme on le dit, que l'article 1141 établit le principe que la propriété des objets mobiliers se transmet par la tradition, il faudrait décider que Paul est propriétaire en vertu de la tradition qui lui a été faite. Est-ce là ce que décide l'article 1141? Non, il exige des conditions pour que la propriété soit acquise au second

acheteur; il faut d'abord qu'il ait été mis en possession réelle de la chose, c'est-à-dire que la possession ait une certaine notoriété ou publicité : il faut ensuite que le possesseur soit de bonne foi; dans ce cas, le second acheteur en demeure propriétaire, dit l'article 1141, de préférence au premier acheteur. La tradition ne suffit donc pas pour lui transférer la propriété, il faut que sa possession soit notoire et de bonne foi. C'est l'application de la règle consacrée par l'article 2279, qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, et cette règle est fondée sur l'intérêt du commerce : considération qui est étrangère à la théorie de la tradition(1).

J'aboutis à cette conséquence, si importante pour le droit international privé, que le statut de la transmission des meubles par voie de contrat dépend de l'autonomie des parties contractantes, sauf dans les cas où il y a lieu d'appliquer l'exception de l'article 2279, laquelle est réelle et territoriale. L'application du principe n'est pas sans difficulté.

222. Le principe de la tradition romaine formait un statut réel, car tout est local, territorial dans les faits qui constituent la tradition. Si la transmission de la propriété formait un statut réel, ce n'est pas parce que tout ce qui concerne la propriété et sa transmission procède du statut réel, c'est à raison du mode de transmission. Ce qui le prouve, c'est que la tradition n'était point requise pour transférer la propriété des choses léguées; on en concluait que la transmission de la propriété par testament procédait du statut personnel. La tradition a disparu, le législateur français l'a remplacée par un principe tout à fait différent, celui de la volonté des parties contractantes. Sous l'empire du code civil, cela était vrai à l'égard des tiers comme entre les parties. Le code civil a été modifié par les lois nouvelles portées en Belgique et en France; ces lois ont rétabli le principe de la transcription, c'est-à-dire de la publicité, pour les transactions immobilières; d'où résulte qu'à l'égard des tiers, le statut de la transmission

(1) Voyez, sur l'interprétation de l'article 1141, mes *Principes de droit civil*, t. XVI, p. 428, nos 363-370.

des droits réels immobiliers est devenu réel ou territorial.

Quant à la transmission des effets mobiliers, le principe du code subsiste. Il faut distinguer d'abord les meubles corporels et les meubles incorporels. Les meubles corporels sont régis par l'article 1138, qui établit comme principe que la propriété entre les parties et à l'égard des tiers se transmet par la volonté des contractants, sans tradition et sans publicité, et l'effet de la volonté est étranger à la distinction des statuts, il dépend de l'autonomie des parties contractantes. Mais ce principe reçoit une modification, en vertu de la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, d'où la conséquence que le statut mobilier devient réel lorsque la possession est en cause.

Sur ce point, il y a conflit entre la loi française et le droit romain, qui forme encore le droit commun de l'Allemagne; la tradition est requise pour la translation de la propriété, en Prusse, comme d'après le droit romain. Le conflit n'a pas d'importance pratique, tant que les parties contractantes sont seules intéressées dans le débat.

Une vente d'un objet mobilier est faite par deux Allemands en France. Transfère-t-elle la propriété sans tradition? Dans l'opinion générale, le statut est réel, par conséquent la propriété sera transférée, d'après le droit français, par le seul consentement des parties. Mais tant qu'il n'y a pas de tiers engagés dans le débat, la question n'a pas d'intérêt; l'acheteur, en supposant qu'il ne soit pas propriétaire en vertu du contrat, a une action en délivrance contre le vendeur, et cette action tend à lui transmettre la propriété; il sera donc propriétaire par la délivrance, d'après le droit prussien, comme il le serait, en vertu du droit français, sans tradition.

Il en serait de même si deux Français vendaient un objet mobilier situé en Allemagne; le statut est réel, d'après le droit allemand, partant le Français acheteur ne deviendrait propriétaire qu'en vertu d'une action en délivrance. Cela importe assez peu, tant que les parties seules sont en cause. Si les Français traitaient en Allemagne et que la chose fût située en France, le seul con-

sentement suffirait pour transférer la propriété à l'acheteur. Je demande si cet effet que produit la vente entre parties, selon que l'objet est situé en Allemagne ou en France, a une raison d'être. La réalité du statut a pour fondement la souveraineté territoriale, ou en termes plus généraux, l'intérêt public : qu'est-ce que la souveraineté a de commun avec notre débat? Il n'y a aucun intérêt public en cause; et dans ce cas, ne serait-il pas plus juridique de s'en rapporter au statut personnel qui permet aux parties de transmettre la propriété par leur seule volonté? On repute personnel le statut de capacité, parce que l'état est attaché à la personne et la suit partout; or il y a quelque chose de plus personnel à l'homme que son état, c'est sa volonté. Pourquoi donc le statut ne serait-il pas personnel à raison de la volonté, comme il l'est à raison de l'état?

Il y a une hypothèse où le statut personnel est douteux; si un Allemand traite avec un Français, suivra-t-on le statut personnel du Français, qui s'entient à la volonté, ou le statut de l'Allemand, qui s'en tient à la situation? Cette difficulté se rattache à une question plus générale, celle de savoir par quel statut se règlent les conventions des parties, lorsqu'elles ont un statut personnel différent. Je l'ajourne à l'Etude que je consacrerai aux *Obligations*.

223. Savigny et Bar à sa suite rejettent comme surannée la distinction des statuts personnels et des statuts réels, ce qui n'empêche pas les jurisconsultes allemands de pencher pour le réalisme.

Savigny suppose qu'un Français vend à un Français son mobilier situé à Berlin; le statut étant réel, la propriété n'en sera transférée que par la tradition, quand même les parties seraient domiciliées à Paris; le domicile et la nationalité ne sont pas pris en considération, c'est la situation de la chose qui décide le débat. Savigny ne se demande pas pourquoi la volonté des parties, toute-puissante en France, perd son efficacité par la circonstance fortuite que la chose est située en Allemagne. Par contre, si deux Berlinois vendent et achètent un mobilier situé à

Paris, la propriété sera transférée, en vertu du statut réel, par la volonté des parties. Bar est d'accord, ainsi que Bluntschli et Burge (1). Dans la doctrine de la réalité du statut, la solution n'est pas douteuse. Toutefois l'anomalie d'une vente produisant des effets différents selon la situation de la chose, n'aurait-elle pas dû frapper ces grands jurisconsultes? Il est certain que cette justice aurait paru étrange à Pascal. Quoi! aurait-il dit, les Français transfèrent la propriété du mobilier qui leur appartient par leur seule volonté, quand la chose se trouve en France; si le hasard veut qu'elle se trouve à Berlin, leur volonté perdra toute force! Y a-t-il une raison d'intérêt général qui explique cette anomalie? Ce n'est pas la souveraineté, puisque, dans le système traditionnel des statuts, la puissance souveraine ne se soucie pas des meubles. Y a-t-il un intérêt public à ce que le Français ne puisse transmettre à un Français, par sa volonté et sans tradition, les meubles qu'il possède à Berlin? Est-ce que la conservation, le perfectionnement de la société prussienne seraient en cause dans ce débat?

La question a l'air d'une plaisanterie dans l'ordre d'idées de Pascal. Dans le système des statuts, il faut la poser sérieusement et y répondre de même. La réponse est une nouvelle anomalie; non, l'intérêt public n'est pas en cause, puisque le débat s'élève entre les parties, sans que des tiers y soient intéressés. Or, si la chose vendue s'était trouvée à Cologne, la vente faite par des Français à Paris aurait transféré la propriété par le seul effet du contrat, car les provinces rhénanes sont régies par le code Napoléon. Voici donc ma réponse : si le droit de la société prussienne n'est pas compromis parce que la propriété d'une chose mobilière située à Cologne, est transmise sans tradition, il est impossible que la société prussienne soit intéressée à ce que la propriété ne se transfère pas à Berlin par l'effet du contrat. Et si les Prussiens ne peuvent pas par leur volonté transférer la propriété de choses situées à Berlin, comment se fait-il que leur volonté

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t VIII, p. 184. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 211, § 64.

ait cette puissance quand la chose aura été transportée à Cologne? Pour mieux dire, et voici une nouvelle anomalie, la volonté des parties est hors de cause; quand même les Prussiens ignoreraient que la propriété se transfère à Cologne sans tradition, et par leur seule volonté, la propriété n'en serait pas moins transmise par leur volonté et sans que cette volonté existe, puisque l'ignorance où ils se trouvent les empêche de vouloir : ils ne veulent donc pas, et cependant c'est par une volonté qui n'existe pas que le contrat transférera la propriété!

Bar ajoute que si, dans l'hypothèse d'une vente faite entre Prussiens, à Berlin, de choses mobilières qui y sont situées, celles-ci étaient transportées en France, immédiatement la propriété serait transférée en vertu de la loi française. Il y met seulement cette condition : si la volonté des contractants continue. La condition est de trop, me semble-t-il. Dans la vente, il n'y a pas de consentement successif; dès qu'il y a concours de volontés, il y a vente, quels qu'en soient les effets. Bar a imaginé la condition, parce que la conséquence qui, dans l'espèce, découle du statut réel le choquait : une vente qui, dans son principe, n'a point transféré la propriété, parce que la volonté des parties ne suffit point, subitement la transmet, quand la chose change de situation. Le légiste allemand a tort de se choquer de ce résultat; le statut réel opère toujours mécaniquement. Dans l'espèce, l'absurdité est patente. Nos deux Berlinois n'ont pas voulu transmettre et acquérir la propriété par leur seule volonté, le statut réel n'admettant pas que la volonté ait cet effet. Mais voilà que la chose est transportée à Cologne, et, sans qu'il survienne une nouvelle volonté, les parties ignorant la loi qui règne à Cologne, la propriété est transmise comme par l'effet d'une baguette magique, dès l'instant où le chemin de fer chargé du transport est entré dans la province rhénane de Prusse! Bar cherche vainement à échapper à l'absurdité. La raison s'arrête au milieu de ce dédale de contradictions : les parties ne voulant pas et ne pouvant pas même transférer la propriété par leur volonté : puis la propriété transférée, quand la chose change de place,

en vertu de la volonté des parties qui ne veulent pas, parce qu'elles n'ont rien à vouloir, et qui le plus souvent ne peuvent pas même vouloir parce qu'elles ignorent la loi française !

224. Voici encore une hypothèse dans laquelle Bar maintient la condition de la volonté pour éluder la conséquence absurde qui découle du statut réel. La chose est située en France; le contrat se fait en Allemagne entre Allemands. On demande si la vente transférera la propriété sans tradition? L'affirmative ne me paraît point douteuse dans le système de la réalité du statut. Ce statut opère par la force de la loi et par la puissance de la souveraineté dont la loi est l'organe. Bar exige que les parties aient voulu transférer la propriété par leur seule volonté et sans tradition, pour échapper à l'absurdité qui résulte de la réalité du statut. Les parties sont Allemandes, nées et élevées dans un droit qui exige la tradition pour que la propriété soit transférée; elles n'ont donc rien à vouloir; la loi veut pour elles. Que la chose soit située en France, cela est indifférent, au point de vue de leur volonté; alors même qu'elles ignoreraient absolument la loi française, la propriété n'en serait pas moins transférée par le seul effet du contrat.

Ici est l'absurdité nouvelle que Bar a essayé d'éviter. En disposant que la propriété se transfère par le contrat, sans tradition, le code français suppose que telle est la volonté des parties contractantes. On doit donc dire, dans le système du code civil, que la propriété est transférée par la volonté des parties. Or, il se trouve que, dans l'espèce, les parties n'ont aucune volonté. Néanmoins en vertu d'une volonté qui n'existe pas, la propriété sera transférée. C'est à raison de cette anomalie que Bar a imaginé la condition que la volonté des parties soit de transférer la propriété conformément à la loi française. Cela suppose que les parties sont des juristes qui savent non seulement leur loi nationale, mais encore la loi étrangère, supposition aussi absurde que l'absurdité à laquelle le légiste allemand a essayé de se soustraire.

225. Une chose mobilière est vendue en France, mais

non livrée; le vendeur la transporte en Allemagne. On demande si l'acheteur est propriétaire de la chose, et s'il peut la revendiquer ou en réclamer la délivrance. Savigny et Bar s'accordent à dire que, dans ce cas, l'acheteur a un droit acquis qui doit être respecté par les tribunaux étrangers, quand même, d'après le statut territorial, la vente ne transférerait pas la propriété sans tradition (1).

Je ne sais si cette solution est en harmonie avec la doctrine du statut réel. Ce statut est souverain, ce qui implique que la puissance souveraine demande que le statut territorial reçoive son application. Or, dans l'espèce, le vendeur est resté en possession; donc, d'après le statut réel, il est toujours propriétaire; vainement l'acheteur invoquerait-il la propriété qu'il a acquise en vertu de la loi française; la loi étrangère cède toujours devant le statut territorial quand celui-ci est d'intérêt public. Dans mon opinion, il faudrait admettre, sans hésiter, le principe du droit acquis, puisque la question de la translation de la propriété entre les parties est de pur intérêt privé, et jusqu'ici je raisonne toujours dans l'hypothèse d'un débat qui s'élève entre les parties contractantes. Si un tiers était en cause, le statut changerait de nature, il deviendrait réel, parce que l'intérêt des tiers est un intérêt général. Ainsi, dans l'espèce prévue par Savigny et Bar, si le vendeur, après avoir transporté en Allemagne la chose vendue, la vendait à un second acquéreur et la lui livrait, ce second acheteur en deviendrait propriétaire en vertu du statut territorial; et le premier acheteur ne serait pas admis à revendiquer la chose contre lui. Vainement invoquerait-il son droit acquis : il n'y a pas de droit acquis en vertu d'une loi étrangère, quand cette loi est en opposition avec une loi territoriale d'ordre public.

226. Les deux doctrines contraires se rapprochent quand le droit des tiers est engagé dans le débat. Dans mon opinion, le droit des tiers est d'intérêt public quand il s'agit de la transmission de la propriété, puisque la sécurité des relations civiles et commerciales est en cause;

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 185. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 212.

dès lors le statut devient réel, comme l'admettent, en toute hypothèse, les partisans de la réalité.

Le vendeur, après avoir vendu la chose à un premier acheteur, la revend à un second acheteur. Qui sera propriétaire? D'après le droit romain, suivi par le code de Prusse, la propriété n'est jamais transférée que par la tradition. En cas de conflit, quel statut faudra-t-il appliquer? Dans la doctrine allemande, c'est toujours le statut de la situation des choses. Dans l'opinion que j'ai proposée, il faut distinguer : si la chose a été livrée au second acheteur, il devient propriétaire en vertu de la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre; or, cette maxime a été introduite dans l'intérêt du commerce, et partant, elle intéresse les droits de la société, d'où la conséquence que le statut est réel. Dans cette hypothèse, il n'y a point de conflit entre le droit français et le droit allemand; c'est toujours le statut territorial qui reçoit son application. Il n'en est pas de même dans le cas où la chose n'a pas été livrée : le droit français maintient le principe de l'autonomie, la propriété est transférée à l'égard des tiers, comme entre les parties, par la volonté des contractants, tandis que le droit allemand exige toujours la tradition pour qu'il y ait translation de propriété. Dans ce conflit, on demande laquelle des deux lois il faut suivre? Il y a doute; en théorie, il faudrait se prononcer pour le statut réel, puisque l'intérêt des tiers, c'est-à-dire un intérêt public, est en cause; mais le code Napoléon ne tient pas compte de cet intérêt, tant qu'aucun des acheteurs n'est mis en possession : de sorte qu'en appliquant le statut de la situation, l'intérêt du second acheteur, qui se confond avec l'intérêt des tiers, sera lésé. Il en résulte que le conflit sera insoluble.

La chose est située en France, et la double vente a eu lieu en Allemagne. Si le débat est porté devant les tribunaux français, ils jugeront d'après la loi française, en vertu de laquelle le premier acheteur sera propriétaire; le droit du second sera lésé, et, par conséquent, l'intérêt des tiers; mais le code Napoléon n'a pas pris cet intérêt en considération, dans l'espèce. Pour écarter la loi française,

il faudrait appliquer la loi allemande; mais à quel titre? La chose n'est pas située en Allemagne; donc il n'y a pas lieu au statut réel. Quant au statut personnel, il dépend de la nationalité; si donc les parties étaient françaises, il y aurait encore lieu d'appliquer le code Napoléon. C'est seulement dans le cas où les parties sont allemandes qu'elles pourraient demander l'application du statut allemand. Mais sur ce point il y a incertitude complète en droit français; si l'on s'en tient au texte de l'article 3, il n'y a d'autre statut personnel que celui qui règle l'état et la capacité des parties. Quant au statut des meubles, la loi garde le silence, et la tradition est incertaine. Si la question se présentait devant un tribunal allemand, il devrait, pour être logique, appliquer le statut de la situation, ainsi la loi française dans l'espèce : mais comme cette décision lèserait l'intérêt du second acheteur, le juge pourrait bien s'en tenir à la loi allemande et décider qu'aucun des deux acheteurs n'est propriétaire, la chose étant encore entre les mains du vendeur.

Je ne suis pas au bout des difficultés qui se présentent dans cette hypothèse; mais je crois inutile de continuer, puisque d'une incertitude on tombe dans une autre.

N° 2. LE DROIT ANGLO-AMÉRICAIN.

227. Le droit anglo-américain consiste en décisions judiciaires : ce sont des *cas* que les auteurs citent, ce sont des *cas* qu'ils discutent, quand il leur arrive de discuter, car généralement les arrêts sont invoqués, comme nous invoquons les textes de nos lois. Il est vrai que le juge, en prononçant le jugement, l'appuie sur une déduction juridique qui ressemble parfois à une dissertation; mais ces dissertations mêmes témoignent que la vraie science n'existe point. C'est un mélange assez indigeste de toute espèce d'autorités, sans critique aucune, de sorte qu'on met sur la même ligne les auteurs qui appartiennent à des écoles différentes, d'Argentré à côté de Charles Dumoulin, Jean Voet à côté de Bouhier. Si donc je parle du droit anglais dans ces Etudes, il s'agit de la jurisprudence

telle que je la trouve constatée dans les auteurs qui ont écrit sur le droit international privé, notamment Story.

D'après la *common-law*, dit Story, la vente est parfaite ou elle peut l'être sans tradition. Le droit de la Louisiane, au contraire, repose sur la maxime romaine, que la propriété se transmet, non par les conventions, mais par la tradition. La cour de la Louisiane considère ce statut comme réel, territorial, d'intérêt public. Le cas s'est présenté pour un vaisseau vendu dans l'Etat de Virginie, mais non livré; les créanciers de l'ancien propriétaire saisirent le vaisseau, et la cour décida que la vente ne pouvait leur être opposée, le statut territorial ne considérant la vente comme parfaite à l'égard des tiers que par la tradition. Le juge, dont Story rapporte les paroles, expose très bien les motifs de cette décision. L'appelant invoquait le principe que les meubles et, partant, leur aliénation, sont régis par la loi du domicile du propriétaire. Si dans le lieu du domicile, la vente est parfaite et transfère la propriété sans tradition, la vente doit être considérée partout comme parfaite, même là où les lois exigent la tradition. « Nous acceptons, dit le juge, cette maxime comme une règle générale, mais elle reçoit une exception universellement admise, c'est que la loi du domicile est dominée par la loi territoriale lorsque l'application de la loi étrangère compromettrait les droits des habitants du pays où l'on en demande l'application. » Le juge cite le témoignage de Huber (1). « Nous respectons les contrats passés dans un pays étranger, mais à une condition, c'est que l'exécution ne soit pas préjudiciable à nos citoyens. En principe, les lois étrangères n'ont de force que dans les limites de leur territoire; hors de là, elles n'en ont aucune, sauf celle que les Etats étrangers leur reconnaissent par courtoisie; mais la courtoisie n'est pas une obligation juridique; chaque nation est juge de ce qu'il lui convient de concéder, et ces convenances ont leur limite dans les droits de ses citoyens; ceux-ci ne peuvent jamais être

(1) Huberus, *De Conflictu legum*, n° 11 : « *Effecta contractuum, certo loco initorum, pro jure loci illius alibi quoque observantur, si nullum inde civibus alienis creetur præjudicium in jure sibi quæsito.* »

sacrifiés aux droits fondés sur une loi étrangère. L'étranger n'a pas le droit de se plaindre; il transporte son vaisseau dans la Louisiane, où il jouit de la protection que les lois assurent aux biens comme aux personnes des étrangers; mais les droits que la loi protége, elle a aussi le pouvoir de les régler; donc l'étranger se soumet en tout aux lois du pays où il aborde. Or, les lois de la Louisiane exigent que la tradition soit faite pour que l'acheteur devienne propriétaire à l'égard des tiers; cette règle a été admise pour garantir les tiers contre toute fraude; si les créanciers devaient respecter des ventes antérieures à leurs droits, ils seraient à la merci de leur débiteur, qui leur opposerait des aliénations dont rien ne garantirait la réalité ». Le juge invoque encore à l'appui de sa décision l'intérêt de la ville de la Nouvelle-Orléans. « Notre cité, dit-il, devient un immense entrepôt de marchandises que les étrangers y transportent. Des conventions relatives à ces marchandises interviennent journellement; il faut que la plus entière sécurité soit assurée aux parties contractantes, sinon notre commerce est ruiné (1). »

228. Story rapporte encore un autre *cas* jugé par la même cour, dans le même sens. Un vaisseau anglais fut hypothéqué en Angleterre, conformément à la loi anglaise, mais sans être livré au créancier: le débiteur, propriétaire du vaisseau, l'envoya à la Nouvelle-Orléans. Là le bâtiment fut saisi par un créancier du propriétaire en vertu d'une dette que celui-ci contracta dans ladite cité. La banque de Liverpool, créancier hypothécaire, intervint dans l'instance; sa demande fut rejetée par la cour de la Louisiane, par le motif que la loi de la Louisiane exigeait la tradition pour la validité de l'hypothèque consentie sur un vaisseau. Le vaisseau fut vendu, et le prix distribué entre les créanciers américains. Plus tard tard le vaisseau revint en Angleterre, et là la banque de Liverpool intenta une nouvelle action en vertu de son hypothèque, contre le tiers détenteur; celui-ci invoqua l'arrêt rendu par la cour de la Louisiane; le juge anglais n'en tint aucun compte.

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 484, §§ 385-388 (7e édit.).

Story cite un long extrait des motifs que donna le vice-chancelier pour justifier la décision de la cour. « Le juge américain, dit-il, a méconnu une règle du droit civil international universellement enseignée et pratiquée, la règle d'après laquelle les meubles sont régis par la loi du lieu où le propriétaire a son domicile; il a encore violé une autre règle que la courtoisie internationale observe partout, et que lord Loughborough a formulée en ces termes énergiques : Un acte, valable là où il a été fait, d'après la loi du domicile, est valable dans le monde entier (1). »

Avant d'apprécier cet important débat, il convient d'entendre Story dont Wood invoque l'autorité. Le célèbre légiste ne combat pas le principe sur lequel la cour de la Louisiane s'est fondée : comment le renierait-il, alors qu'il l'enseigne à chaque page? « Tout Etat est maître d'admettre ou de rejeter les lois étrangères dont on demande l'application devant les tribunaux; les lois n'ont aucune autorité par elles-mêmes en dehors des limites du territoire pour lequel elles ont été portées; si on les admet hors de ce territoire, c'est uniquement par courtoisie, et chaque Etat juge jusqu'à quel point il veut aller dans les concessions qu'il fait à la courtoisie internationale. Le législateur américain aurait donc été dans son droit s'il avait déclaré qu'il n'admettait point la validité d'une hypothèque ou d'une aliénation consentie dans un pays étranger, et en vertu des lois étrangères, sans que la chose hypothéquée ou aliénée eût été livrée au créancier hypothécaire ou à l'acheteur. Une disposition pareille aurait trouvé sa justification dans l'intérêt national qui veut que l'on protége les créanciers et acquéreurs contre des actes passés à l'étranger, qu'ils peuvent ignorer et qu'ils doivent ignorer, puisqu'ils voient la chose mobilière entre les mains de l'ancien propriétaire. Personne ne peut accuser le législateur de mépriser la loi des nations quand il sauvegarde l'intérêt de ses nationaux. » Pourquoi Story, après avoir approuvé le principe invoqué par la cour de la Louisiane, critique-t-il la décision fondée sur ce principe? Il semble

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 489, note (7e édit.).

dire qu'il n'appartient pas au juge de méconnaître la validité d'un acte valable d'après la loi du pays où il a été passé, alors qu'aucune *loi* ne l'y autorise, parce qu'un pareil procédé serait contraire à la courtoisie internationale. Sa critique, ainsi entendue, signifierait donc que c'est au législateur et non au juge de définir l'effet des actes passés à l'étranger. Je dis que telle paraît être l'opinion de Story, car il est loin d'être aussi explicite que le vice-chancelier Wood (1).

229. J'aurais bien des choses à dire sur ce débat. Il vient à l'appui de la critique que j'ai faite du prétendu principe de la courtoisie; ce beau nom cache une chose très laide, l'intérêt et l'égoïsme. Je renvoie à ce que j'ai dit dans mon Introduction historique (2) et dans tout le cours de ces Etudes. Les juges ne répondent pas aux critiques que l'on fait de leurs décisions. Si la cour de la Louisiane avait répondu au vice-chancelier Wood, elle aurait pu lui dire : « Qu'est-ce que votre courtoisie internationale? où est-elle écrite? Quelle est son autorité? Quelles sont ses limites? Est-ce que la courtoisie veut dire que le juge américain est obligé d'admettre l'autorité de vos lois et des actes faits en vertu des lois? Vous n'oseriez pas le dire, car vous auriez contre vous les autorités mêmes que vous invoquez contre notre décision. Est-ce que la courtoisie ne voudrait pas dire, par hasard, que chaque Etat est libre de donner un effet aux lois étrangères dans les limites de son intérêt? C'est bien là ce que dit Story dont vous m'opposez le témoignage. Dans l'espèce, il est vrai, Story paraît n'être pas d'accord avec nous sur le pouvoir du juge d'apprécier les limites de la courtoisie. Mais si nous lui demandions où il est dit que le législateur seul a le droit de déterminer ce que la courtoisie permet ou défend? Dans des affaires bien plus importantes que celles de la validité d'une hypothèque, vos cours ont refusé de reconnaître la nullité d'un mariage français, et la validité des divorces écossais, quoique le mariage fût nul d'après la loi de France, et que les di-

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 495, § 390 (7e édit.).
(2) Voyez le tome Ier de ces Etudes, p. 573, *Courtoisie ou droit?* (§ III).

vorces fussent valables d'après la loi d'Ecosse? Vos cours auraient donc aussi manqué à la courtoisie internationale! » Il me serait facile de continuer cette défense. Je préfère renvoyer à ce que j'ai dit dans ces Etudes. Il en est de même de la jurisprudence de la cour de la Louisiane. Je l'ai critiquée dans la question du statut personnel, que la cour admet ou rejette suivant l'intérêt américain. Mais, sur ce point encore, la cour pourrait répondre : « Est-ce que je suis la seule à professer et à appliquer la doctrine de l'intérêt national? Ouvrez les auteurs français et consultez les recueils d'arrêts; vous y trouverez des partisans de l'intérêt français, comme nous sommes les défenseurs de l'intérêt américain. Si nous nous trompons, d'autres se trompent comme nous. » La conclusion de ce débat ne serait-elle pas qu'il faut répudier la courtoisie aussi bien que l'intérêt, comme principe du droit civil international?

Je reviens un instant à la question spéciale qui a donné lieu à ce débat. Il est si difficile de connaître le droit étranger, que je n'ose pas me prononcer sur la question de savoir si la cour de la Louisiane a bien jugé. Je suis porté à le croire au point de vue des principes que je viens de professer. Sans doute les actes valables d'après la loi du pays où ils ont été faits doivent être reconnus partout, mais avec une réserve; c'est que l'acte étranger ne soit pas en conflit avec une loi territoriale d'intérêt public. Si la loi étrangère validait une aliénation occulte ou l'hypothèque clandestine d'un objet mobilier, pourrait-on s'en prévaloir dans un pays qui prescrit la publicité? Non certes; car la publicité est une de ces lois territoriales qui dominent la loi étrangère. En matière mobilière, il faut aussi une publicité quelconque pour sauvegarder l'intérêt des tiers, et je n'en vois d'autre que la possession; c'est ainsi que la loi française exige que le créancier gagiste soit mis en possession du gage, pour qu'il puisse réclamer son privilége contre les autres créanciers. Eh bien! la loi de la Louisiane applique le même principe à l'hypothèque d'un navire. Il faut donc dire de cette hypothèque ce que nous disons du gage. Nous n'admettrions pas un

créancier gagiste à réclamer un privilége si le débiteur était resté en possession; nous lui dirions : la loi française domine votre loi personnelle parce qu'elle est d'intérêt social. La cour de la Louisiane n'a pas fait autre chose.

N° 3. LA CESSION DE CRÉANCES.

230. Les droits se transmettent, comme les meubles corporels, entre les parties et à l'égard des tiers, par la volonté des parties contractantes. Il y a exception pour les droits de créance; le code exige une signification ou une acceptation authentique pour que le cessionnaire soit saisi de la créance à l'égard des tiers. Quels sont les motifs de cette disposition spéciale et quelle en est la portée? On a dit, et avec raison, que c'est une espèce de publicité que la loi prescrit pour que la cession puisse être opposée aux tiers, lesquels, sans cette publicité, n'auraient aucune connaissance du transport et pourraient facilement être trompés. A l'égard du débiteur, la publicité est complète, car il est averti directement par la signification; et s'il l'accepte par acte authentique, son acceptation implique qu'il en a connaissance; par suite, il sait qu'il ne peut plus payer valablement au cédant. La publicité est moindre à l'égard des autres tiers, toutefois elle existe dans une certaine mesure. La loi suppose que celui qui veut acheter une créance sait que la cession n'a aucun effet à l'égard du débiteur, tant qu'elle ne lui a pas été signifiée; la plus simple prudence lui commande donc de s'adresser au débiteur, pour s'enquérir si une signification lui a été faite. Il en est de même de celui qui veut obtenir un droit de gage sur la créance. A l'égard des créanciers du cédant, la publicité est encore plus imparfaite : il faut d'abord supposer qu'ils connaissent l'existence de la créance, puis il faut qu'ils aient soin de s'informer, avant de traiter sur la foi de cette créance, si elle n'a pas été cédée. Toute publicité, quelque imparfaite qu'elle soit, est d'intérêt général; il importe à la société que la sécurité la plus complète règne dans les transac-

tions civiles, et il n'y a que la publicité qui garantisse les droits des parties contractantes.

231. Voilà une situation analogue à celle que nous venons de rencontrer dans la jurisprudence de la cour de la Louisiane. Un étranger vend la créance dont il possède le titre; l'acheteur ne signifie point la cession, et il se trouve que le vendeur avait déjà vendu la même créance à un premier cessionnaire, lequel n'avait pas non plus fait de signification, parce que la loi personnelle des parties ne l'exigeait pas. Est-ce à dire que le cessionnaire étranger puisse opposer la cession aux tiers en général, et à un second cessionnaire en particulier, dans un pays régi par la loi française, qui prescrit la signification, pour que le cessionnaire soit considéré comme propriétaire de la créance à l'égard des tiers? Le tribunal devant lequel il élèverait cette prétention lui répondrait : Tout statut qui organise une publicité quelconque dans l'intérêt des tiers est réel; et le statut réel, quand il est d'intérêt social, l'emporte sur le statut personnel.

232. La publicité organisée par le code civil pour la cession de créances est insuffisante, sauf à l'égard du débiteur. Tout le monde l'avoue. Le législateur belge a remédié à l'insuffisance et à l'inefficacité de la loi française en ordonnant l'inscription des cessions de créances, quand elles sont garanties par une hypothèque, ou un privilége (art. 5). Les auteurs de la loi ont voulu mettre les tiers, et notamment les seconds cessionnaires, à l'abri de la fraude qu'un créancier pourrait pratiquer à leur préjudice. Si le créancier qui vend sa créance en conserve le titre, il peut facilement la vendre à un second cessionnaire; celui-ci doit croire que son cédant est encore propriétaire de la créance, puisqu'il a le titre en main et que l'inscription hypothécaire subsiste; il achètera donc une créance déjà cédée, et, par suite, il sera trompé par la clandestinité de la première cession; la publicité est le seul moyen de prévenir la fraude (1).

Voilà encore une situation analogue à celle dans la-

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, *Nouvelle Loi sur le régime hypothécaire*, p. 15).

quelle la cour de la Louisiane a porté sa décision si vivement critiquée par le vice-chancelier d'Angleterre. Sir Wood dit qu'aucune cour ne jugerait comme a jugé la cour américaine. Le contraire est certain, dans le cas d'une cession non rendue publique par la voie de l'inscription sur les registres du conservateur des hypothèques. Tant que la cession n'est pas inscrite, elle n'existe pas à l'égard des tiers. Vainement un cessionnaire étranger soutiendrait-il que la cession est valable d'après sa loi personnelle, et que, par conséquent, elle doit être valable dans le monde entier; on lui répondrait que le statut personnel est dominé par le statut réel, quand celui-ci concerne le droit de la société; or, la société n'a pas de plus grand intérêt que d'empêcher la fraude dans les relations civiles.

233. Pour compléter cette matière, j'ajouterai que la loi belge prescrit la publicité non seulement pour la *cession* d'une créance privilégiée ou hypothécaire, mais aussi pour la *subrogation* à un droit semblable. Il y a analogie complète, sous ce rapport, entre la cession et la subrogation, et par conséquent même motif de décider. Il est inutile d'ajouter que la publicité de la subrogation forme un statut réel, et qu'il faut appliquer ce que je viens de dire de la loi qui régit la publicité de la cession.

§ V. — *La revendication.*

N° 1. LE PRINCIPE.

234. Le code civil n'admet pas la revendication des meubles, sauf par exception, en cas de perte ou de vol (art. 2279). Le propriétaire d'un meuble a, à la vérité, l'action en revendication, de même que le propriétaire d'un immeuble; mais tandis que l'action de celui-ci ne peut être repoussée que par la prescription, l'action de l'autre peut être repoussée par la simple exception de possession.

Pourquoi la possession suffit-elle pour mettre le possesseur à l'abri de la revendication? Le code dit que la pos-

session *vaut titre*; elle est donc plus qu'une présomption de propriété, elle équivaut à un titre; un ancien auteur, Bourjon, dit qu'elle produit tout l'effet *d'un titre parfait*; or, un *titre parfait* est celui qui transfère la propriété, telles sont la vente et la donation. Je demande le fondement de ce principe.

235. Il est de l'essence de la propriété que le propriétaire ait une action pour maintenir son droit contre tous : pourquoi, en fait de meubles, la possession l'emporte-t-elle sur la propriété? Bigot-Préameneu dit, dans l'Exposé des motifs, qu'en droit français, la possession a toujours été regardée comme un titre, parce que d'ordinaire on n'en a pas d'autre pour les choses mobilières qui passent rapidement de main en main, de sorte qu'on ne dresse pas d'acte pour en constater la transmission. Celui qui achète un objet mobilier n'a aucun moyen de vérifier par titres le droit de son vendeur; il doit accepter comme réel le droit de son auteur, et ce droit ne repose que sur la possession, dès lors la possession doit aussi lui servir de titre. Cette première considération suffit déjà pour déterminer la nature du principe établi par l'article 2279, au point de vue du droit civil international : la possession est essentiellement territoriale, comme je le dirai plus loin, si donc le droit fondé sur la possession a le même caractère, il constitue un statut réel, et par suite, la loi territoriale domine toute autre loi.

Bigot-Préameneu ne dit rien du motif principal qui justifie le principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, c'est l'intérêt du commerce. Le seul qui en dise un mot, c'est Portalis dans son premier discours : « On fait très sagement, dit-il, d'écarter des affaires du commerce les actions revendicatoires, parce que ces sortes d'affaires roulent sur des objets mobiliers qui circulent rapidement, qui ne laissent aucune trace, et dont il serait presque toujours impossible de vérifier et de reconnaître l'identité (1). » Ici la société a plus qu'un intérêt, elle a un

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs* du titre de la *Prescription*, n° 44 (Locré, t. VIII, p. 355). Portalis, *Discours préliminaire*, n° 87 (Locré, t. Ier, p. 179).

droit : le commerce est une nécessité de son existence et de son perfectionnement, ce qui entraverait les relations commerciales serait aussi un obstacle au progrès ; or, le droit de la société l'emporte sur le droit des individus. D'ailleurs la maxime de l'article 2279 ne lèse pas le droit du propriétaire, en ce sens que tous les commerçants sont nécessairement acheteurs et vendeurs, tous doivent donc compter sur la validité des opérations incessantes qui constituent le commerce. Le commerce ne peut prospérer que par la confiance ; comment la confiance et la sécurité pourraient-elles exister, si la revendication d'un propriétaire inconnu menaçait sans cesse d'éviction tous ceux qui possèdent successivement les choses mobilières ?

236. La possession vaut titre en fait de meubles. Quelle est cette possession ? Quels caractères doit-elle avoir ? L'article 2279 ne le dit pas, mais il est facile de suppléer au silence de la loi, en recourant à l'origine et à la signification de la maxime. Si la possession équivaut à un titre de propriété, c'est-à-dire à une cause légitime d'acquisition, il faut que la possession ait le caractère qui distingue la propriété, partant elle doit être à titre de propriétaire. L'emprunteur, le preneur, et tous ceux qui détiennent précairement la chose du propriétaire sont tenus, en vertu d'un lien personnel, à la lui rendre ; ils ne peuvent pas lui dire qu'ils sont propriétaires parce qu'ils possèdent, car leur détention implique qu'ils ne le sont pas. Le propriétaire ne revendique pas contre eux, il agit en vertu de l'action personnelle qui naît du contrat intervenu avec le détenteur de la chose.

Il y a une seconde condition qui découle de la première. L'article 1141, qui contient une application de la maxime de l'article 2279, exige que la possession soit *réelle*. Il faut que le détenteur de la chose possède comme possède un propriétaire, au vu et au su de tous ceux qui sont intéressés à savoir qu'il est propriétaire parce qu'il est possesseur. La possession, en ce sens, doit être publique, pour qu'elle soit un titre de propriété.

Enfin, la possession doit être de bonne foi : l'article 1141 le dit également, en appliquant le principe de la posses-

sion valant titre. Il s'agit des intérêts du commerce; or, la bonne foi est l'âme du commerce; c'est donc la bonne foi que le législateur doit protéger, s'il veut favoriser les relations commerciales.

Telles sont les conditions que la doctrine et la jurisprudence exigent pour que la possession soit un titre de propriété (1). Toutes ces conditions impliquent que la possession valant titre est d'intérêt général; ce n'est pas assez dire; la société intervient pour maintenir le droit de celui dont la possession a tous les caractères du droit, et elle le fait pour favoriser les relations commerciales, qui sont un élément de vie dans notre état économique. La conséquence est évidente, et elle est admise par tous les auteurs : le principe de l'article 2279 forme un statut réel (n° 179).

235. *En fait de meubles, la possession vaut titre* : Que faut-il entendre par meubles? La loi veut favoriser les transactions mobilières qui se font avec une grande rapidité, de la main à la main, sans écriture, pour lesquelles il n'y a, par conséquent, d'autre titre que la possession. C'est dire que la maxime implique qu'il s'agit de meubles corporels. Il n'en est pas ainsi des meubles incorporels. Les créances ne se transmettent pas de la main à la main; le code veut que le transport soit signifié ou accepté par un acte authentique (art. 1690). Ces formes nous placent en dehors de la situation pour laquelle la maxime de l'article 2279 a été établie. D'abord la possession du titre ne donne pas la possession de la créance; puis cette possession est clandestine, les titres se trouvent dans un portefeuille, dans un coffre-fort; donc aucun des caractères que nous venons d'établir pour la possession de l'article 2279 ne se rencontre dans la possession des créances. Partant on peut revendiquer les créances.

L'article 2279 est cependant applicable aux nombreux titres que l'on appelle *au porteur*, pour marquer que celui qui les détient en est le propriétaire, en ce sens que le payement doit se faire entre ses mains. Il n'y a aucune

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXXII, p. 560, § II.

différence entre ces titres et les meubles corporels, en ce qui concerne le mode de transmission, donc ils doivent être soumis à un seul et même principe. Par là il est donné stisfaction aux relations commerciales les plus usuelles et les plus fréquentes. Ainsi l'intérêt du commerce domine dans l'application de la maxime de l'article 2279; ce qui confirme notre principe de la réalité du statut en vertu duquel se transmet la propriété des choses mobilières.

238. Après avoir établi la règle qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, l'article 2279 ajoute : « Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve. » Ces deux exceptions ont pour objet de sauvegarder les droits du propriétaire en lui donnant la seule action utile qu'il puisse avoir; l'action personnelle contre celui qui a volé ou trouvé la chose étant le plus souvent inefficace. Il y a encore une considération d'honnêteté publique en faveur de l'action en revendication. Ceux qui achètent des choses volées ou perdues sont rarement sans reproche, alors même que ce ne sont pas des receleurs de profession. Il est bon que la loi donne aux hommes des leçons de moralité et de délicatesse, quand l'occasion s'en présente. C'est encore un intérêt social, et le plus grand de tous : les nations peuvent vivre à la rigueur, bien que le commerce ne prenne pas un développement considérable, mais elles sont condamnées à une irremédiable décadence, quand le sens moral s'affaiblit et se perd.

239. L'article 2280 contient encore une disposition qui tient aux intérêts du commerce : « Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté. » Il y a deux droits en conflit, celui de l'acheteur et celui de l'ancien propriétaire. La loi concilie ces droits opposés en permettant au maître de revendiquer, sous la condition de rembourser à l'acheteur

le prix qu'il a payé. Aujourd'hui la disposition a perdu de son importance; le grand commerce ne se fait pas dans les foires, il se fait à la Bourse. Toujours est-il que le commerce est toujours intéressé dans les dispositions exceptionnelle du code, en cette matière, comme il l'est pour l'application de la règle. Cela justifie le principe universellement admis de la réalité du statut de l'article 2279.

N° 2. APPLICATION DU PRINCIPE.

240. Si un étranger possède un meuble en France, il pourra invoquer le principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. On ne peut lui objecter qu'il s'agit d'un droit civil; en effet, la propriété, par elle-même, n'est pas un droit civil; et le mode d'acquérir la propriété d'un objet mobilier par la possession n'est pas non plus une institution du droit civil; la possession est un fait qui dépend du droit naturel ou de ce que l'on appelle le droit des gens. Peu importe que, d'après le statut personnel de l'étranger, la revendication soit admise; l'article 2279, qui défend la revendication, étant un statut territorial d'intérêt public, il l'emporte par cela même sur le statut personnel: c'est l'élément essentiel du débat.

Si l'étranger profite de la disposition de l'article 2279, qui le met à l'abri de la revendication, il faut lui appliquer également les exceptions que la loi apporte au principe. On pourra revendiquer contre lui les choses perdues ou volées, et un étranger pourrait former cette action, par les mêmes motifs pour lesquels un étranger peut invoquer la règle; les exceptions font partie de la règle et elles ont le même caractère. Enfin si la chose avait été achetée en France, dans une foire ou dans un marché, l'étranger acheteur pourrait réclamer le bénéfice de l'article 2280; mais je doute qu'il ait ce droit, si la chose avait été achetée dans une foire étrangère, et dans un pays où la législation est différente; le statut étant réel, il faut en limiter l'application au territoire français, et ce qui est vrai de la règle est aussi vrai de l'exception.

241. Un Français est actionné, comme possesseur

d'un objet mobilier situé en pays étranger, où la revendication des meubles est admise. Pourra-t-il invoquer la maxime de l'article 2279? Non, et sans doute aucun. Le statut est réel, il régit tous les meubles qui se trouvent sur le territoire français, mais son autorité est limitée au territoire. L'objet litigieux étant situé en pays étranger est par cela même soumis à la loi étrangère, qui est celle de la situation. Si cette loi défend aussi la revendication, le Français défendeur qui aurait pu l'invoquer à l'étranger pourra aussi s'en prévaloir en France; mais le juge français ne décidera pas la contestation en vertu de la loi française, il la jugera conformément à la loi étrangère, c'est-à-dire d'après la loi à laquelle le fait litigieux est soumis.

Il y a une objection et elle est spécieuse. Si dans le pays de la situation des effets mobiliers, la revendication est admise, le propriétaire pourra revendiquer en France comme il le pourrait au lieu où la chose se trouve. Mais le juge français peut-il admettre la revendication d'une chose mobilière, alors que la loi française le lui défend? Je réponds que l'article 2279 décide une question de droit interne et non une question de droit civil international. Il s'agit de savoir quel est l'effet de la possession d'un objet mobilier situé en pays étranger, quelle est la loi compétente pour déterminer cet effet? Le législateur français n'a aucune qualité pour décider ce qui intéresse les sociétés étrangères; il respecte leur souveraineté en appliquant sur son territoire la loi étrangère en tant que celle-ci statue sur des choses soumises à son empire.

242. Il y a une dernière question, et celle-ci est douteuse. Une chose est possédée en France par un Français ou par un étranger. Cette possession équivaut à un titre de propriété; le possesseur la transporte dans un autre pays dont la loi n'admet point le principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. On revendique la chose contre lui : pourra-t-il invoquer la possession qu'il a eue en France, comme établissant son droit de propriété? Je ne le crois pas. Le principe de l'article 2279 forme un statut réel, lequel n'a d'effet que dans les limites de son

territoire. En France la possession vaut titre; tant que la chose est en France, le possesseur sera propriétaire; mais du moment qu'il transporte la chose dans un pays étranger, c'est à la loi étrangère de décider quel sera l'effet de la possession de cette chose. Si cette loi ne considère pas la possession comme un titre, le juge territorial ne pourra pas y voir un titre en vertu de la possession antérieure qui s'est accomplie sous l'empire d'une loi différente : ce serait donner à une loi étrangère une autorité sur une chose qui est placée sous l'empire exclusif de la loi du territoire où elle se trouve.

Il y a une objection et elle est sérieuse. Si j'acquiers la propriété d'une chose mobilière par un acte conforme à la loi territoriale, je suis propriétaire non seulement dans le pays où j'ai contracté, mais dans le monde entier, comme dit lord Loughborough (n° 228). Ayant un droit acquis, je dois le conserver; si, actionné devant les tribunaux étrangers, j'oppose la possession que j'ai eue en France, ce n'est pas ma possession que j'invoque, c'est la propriété acquise en vertu de la loi française; je conserve mon droit de propriété, non plus comme possesseur, mais comme propriétaire. Je réponds que le principe du droit acquis ne reçoit pas d'application dans l'espèce. La possession vaut titre, tant que je possède en France et sous les conditions prescrites par la loi française; mais du moment où je cesse de posséder, je cesse d'être propriétaire, quand même la chose se trouverait encore en France; il n'y a point là de droit acquis à la propriété. Si je la transporte à l'étranger, je continue, à la vérité, à la posséder, mais c'est une autre possession; ce n'est plus une possession valant titre, c'est une possession qui ne vaut pas titre; quant à la possession que j'ai eue en France, elle ne m'a pas donné un droit indépendant de ma possession. Si j'étais propriétaire, c'est parce que j'étais possesseur; cessant de posséder en France, je cesse d'être propriétaire comme possesseur, puisque le nouveau statut territorial sous l'empire duquel je me trouve ne reconnaît pas la possession comme titre de propriété.

Les questions que je viens d'examiner sont décidées en

sens divers par les divers auteurs. Il m'a semblé qu'il suffit de poser les principes : si les principes, tels que je les ai établis, sont vrais, il sera facile de répondre aux raisons que l'on donne, quand on en donne, pour les opinions contraires à la mienne (1).

CHAPITRE III. — Le statut des immeubles.

SECTION Ire. — Réalité du statut immobilier.

§ Ier. *Le principe.*

243. L'article 3 du code Napoléon dispose que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. C'est ce qu'on appelle le statut réel. J'ai dit, dans le cours de ces *Etudes* (t. II, n° 136), comment Portalis, dans l'Exposé des motifs du *Titre préliminaire,* justifie la *réalité* du statut des immeubles. C'est, d'après lui, une conséquence de l'indivisibilité de la puissance souveraine.

Le principe est traditionnel, et la justification est aussi empruntée à la tradition. Dans l'ancien droit, on le formulait en ces termes : Toute coutume est réelle. La formule traditionnelle était absolue; dans ses termes elle embrassait tout, les meubles comme les immeubles; en effet, la souveraineté étant illimitée, on ne conçoit pas que les meubles en soient exclus. Mais la réalité des statuts n'était pas aussi absolue qu'elle en avait l'air; on n'y comprenait pas les meubles, lesquels suivaient la personne du propriétaire et étaient régis par la loi du domicile. Le code Napoléon consacre implicitement la distinction que l'ancien droit faisait entre les meubles et les immeubles, et l'Exposé des motifs de Portalis est conçu dans le même sens; on ne peut pas dire des meubles, comme Portalis le dit des immeubles, qu'ils forment le territoire. Mais on

(1) Comparez Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 187; Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 212; Massé, *Droit commercial*, p. 451, 2e édition; Asser, *Internationaal Privaatregt*, p. 73 et 74; Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 123-124.

ne comprend pas non plus comment la puissance souveraine, réputée absolue, n'embrassait pas les meubles. Cela prouve que la théorie du statut réel n'est pas très solide.

244. Le principe de la réalité du statut des immeubles était universellement admis dans l'ancien droit. Story le prouve avec un vrai luxe de science; nous lui empruntons quelques témoignages qui se rapportent à la tradition française (1). Tant que l'on reste dans les généralités, la tradition paraît être unanime. On sait que Dumoulin et d'Argentré ne s'entendaient guère; ils devinrent, sans s'en douter, chefs de deux écoles qui se combattaient en bien des points; mais sur la réalité du statut immobilier tout le monde était d'accord. « En tout ce qui concerne les choses, dit Dumoulin, on doit suivre la coutume du lieu où elles sont situées. » Dumoulin parle des *choses*, mais il ne faut pas croire qu'il étendait son principe aux meubles; il était si bien entendu que les meubles n'avaient pas de situation, que par *choses* on comprenait les immeubles; les anciens auteurs employaient le mot *réel* comme synonyme d'*immobilier* (2). D'Argentré s'exprime en ce sens : « Tout ce qui est *réel* est *territorial*, et ne saurait être régi par d'autres lois que celles du *territoire*. » Au dix-huitième siècle, les statutaires tiennent le même langage : « Les lois *réelles*, dit Boullenois, n'ont point d'extension directe ni indirecte hors du territoire. » L'expression *lois réelles* était synonyme de *statuts immobiliers*; si le territoire limite leur autorité, c'est que les lois qui régissent les immeubles n'ont point de force hors la *juridiction* et *domination* du *législateur*. Froland dit en termes plus laconiques : « *Le statut réel ne sort pas de son territoire* (3). » Les statutaires français ont quelque penchant pour la personnalité, mais ils n'osent pas s'y abandonner par respect pour les *sacrées coutumes*. Les réalistes belges n'y mettent aucune mesure. Ecoutons

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 537, note 2 (7e édit.).
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXIII, n° 202.
(3) Voyez les citations dans Story, *Conflict of laws*, § 426, p. 435 (7e édit.).

Paul Voet : « Les *immeubles* sont régis par les *statuts* des *lieux* où ils sont *situés*. » Ailleurs il demande, pour la forme, quelle loi il faut suivre quand une contestation s'élève sur un droit réel (*jus in re*), ou un droit dérivant de la chose, ou un contrat qui a pour objet un immeuble? Aura-t-on égard à la loi du lieu où le propriétaire a son domicile, ou appliquera-t-on le statut du lieu où la chose est située? Voet répond : « Le statut de la situation. » Huber dit des immeubles : « A moins qu'ils ne dépendent absolument de la libre disposition du père de famille, les lois du lieu où ils sont situés leur impriment certains caractères qui les affectent toujours, et ne sauraient être modifiés ni effacés par les lois d'un autre Etat, ni par les actes des particuliers; ce serait une vraie confusion et un trouble extrême dans l'ordre civil, si les lois portées par le souverain du territoire pouvaient être changées par un autre souverain. De là cette opinion commune et fondée en raison que pour les biens immobiliers il faut suivre la loi du lieu où ils sont situés. »

L'embarras des légistes est grand lorsque le statut a égard à l'état personnel; Boullenois et Merlin, qui vivait tout entier dans la tradition, distinguent : « Si l'objet principal, direct, immédiat de la loi est de régler la qualité, la nature des biens, la manière d'en disposer, la loi est réelle; quant aux effets qui concernent les personnes, ce ne sont que des conséquences éloignées de la réalité. » Je ne discute pas la doctrine traditionnelle, je l'expose. Fœlix la résume en ces mots, qui regardent les effets du statut réel plutôt que sa nature : « La loi réelle régit les biens situés dans l'étendue du territoire pour lequel elle a été rendue, en excluant l'application de la loi personnelle du propriétaire, ainsi que la loi du lieu où l'acte a été passé; mais aussi les effets de cette loi ne s'étendent jamais au delà des limites de ce territoire. Telle est la règle reconnue par toutes les nations et professée par tous les auteurs. » Fœlix, à sa manière, cite une légion d'auteurs.

245. Quelle est l'autorité de cette tradition unanime? Je l'ai combattue en exposant les principes généraux de

notre science (1). La doctrine traditionnelle est mécanique, en ce sens qu'elle fait abstraction de l'objet des lois, pour ne considérer que les choses; on suppose plutôt qu'on ne prouve que la souveraineté exige cette domination exclusive de la loi territoriale. J'accepte l'autorité exclusive de la loi territoriale quand réellement la souveraineté est en cause, c'est-à-dire quand il s'agit des droits de la société: son droit domine tous les autres, ceux des citoyens et ceux des étrangers, et par conséquent la loi territoriale l'emporte sur la loi étrangère. Mais quand il s'agit d'intérêts privés, la souveraineté territoriale est hors de cause; elle peut et elle doit en abandonner le règlement aux particuliers, et par conséquent aux lois étrangères, sans que sa puissance en soit altérée. Reste à savoir si l'interprète peut tenir compte de cette distinction.

L'auteur le plus récent qui a écrit sur la théorie traditionnelle des statuts, M. Barde, avoue que la distinction que j'établis est rationnelle, mais elle est incompatible, dit-il, avec l'article 3 du code Napoléon; l'interprète doit donc en faire abstraction; il faut même qu'il se tienne en garde contre une doctrine aussi étrangère au code que séduisante en théorie. M. Barde reconnaît qu'il est assez difficile de rester fidèle à la tradition, alors que l'on est convaincu que les anciens statutaires se sont trompés; il ajoute que j'ai parfois écouté la théorie plus que la tradition, en interprétant le code civil. Mon critique pourrait bien avoir raison: il est presque impossible de se dégager entièrement de ses idées, et de devenir un être impersonnel! Mais je me demande si la tradition a, dans notre science, absolument la même autorité que le code civil. La doctrine des statuts n'était pas un système arrêté, admis par les auteurs, consacré par la jurisprudence. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à comparer l'ouvrage de Bouhier avec celui de Boullenois. Ils étaient contemporains, et cependant ils ne se rencontrent que pour se combattre, et leur dissentiment ne tient pas à une lutte d'école, l'un et l'autre procèdent de Dumoulin, plutôt que de d'Argen-

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 257, sect. III, article 1er.

tré; mais le président du parlement de Bourgogne est un esprit plus ouvert au progrès, et moins timide que le praticien enchaîné par la jurisprudence et par ce qu'il appelle les *grands principes*. Cela prouve que la science du droit civil international n'existait pas encore; elle n'avait pas de nom, elle se formait insensiblement, mais elle n'était pas formée. Qu'ont fait les auteurs du code civil? Ils ont maintenu la théorie des statuts. Mais comment l'ont-ils comprise? Ont-ils suivi Bouhier ou Boullenois?

Je doute fort que Portalis, qui a exposé les motifs de l'article 3, connût les noms que je viens de citer; car Portalis était philosophe plutôt que légiste. Toujours est-il que le code civil n'a pu donner la fixité à un droit qui n'en avait point; s'il a maintenu la tradition, ce n'est pas la tradition de tel jour ou de telle année, c'est une tradition vivante et progressive comme la vie. Cela laissait une grande latitude aux interprètes en cette matière. Malheureusement ils n'en ont pas usé. Quand notre science prit un nom, elle tomba entre les mains d'un légiste qui était un excellent praticien, Fœlix, mais qui avait horreur de la théorie; avec cela, réaliste jusqu'à la moelle. Malgré les protestations de son annotateur, M. Demangeat, la jurisprudence confondit le droit civil international avec le réalisme de d'Argentré et des Voet. C'était immobiliser l'une des faces de la tradition et négliger l'autre. J'ai cherché à rétablir la tradition en son entier, sans toutefois innover. Le rôle de novateur ne convient pas à l'interprète: quand l'article 3 dit que le statut des immeubles est réel, la doctrine ne peut pas soutenir qu'il est personnel. Elle a un peu plus de latitude dans les détails, sur lesquels il n'y a jamais de tradition constante; il doit être permis de préférer l'opinion de Bouhier à celle de Boullenois. C'est, je pense, la seule liberté que je me sois permise. Quand la tradition est certaine, je m'incline; je la respecte, comme je respecte la loi qui la maintient. C'est ce que j'ai fait dans mon Etude sur les successions; je le ferai également dans l'Etude sur le statut réel des immeubles. Sur ce point, M. Barde a raison. « Le législateur français, dit-il, a exagéré le rôle de la réalité. Mais quand il s'agit simple-

ment de faire œuvre d'interprète, cette considération n'est d'aucun poids (1). »

§ II. — *Etendue du principe*

246. Les principes ont rarement le sens absolu que paraissent leur donner les termes généraux dans lesquels ils sont formulés. Expression de la vie, le droit est complexe de son essence, et reçoit des modifications à raison de la variété des faits juridiques qui se heurtent et se combattent. Il en est ainsi des règles établies par l'article 3 du code civil : « Les immeubles sont régis par la loi française. » Cela veut-il dire que toute loi concernant un immeuble est réelle, et qu'il faut appliquer la loi territoriale dès qu'une chose immobilière figure dans un débat? Non certes, car s'il en était ainsi, la doctrine des statuts n'aurait pas donné lieu à des contestations séculaires et sans cesse renouvelées : ces longs débats prouvent que le principe du statut immobilier n'a pas le caractère absolu qu'ont les axiomes mathématiques. Il faut donc commencer par examiner le sens et la portée du statut réel.

Les statutaires ne sont jamais parvenus à définir le statut réel. Fœlix reproduit la définition que d'Aguesseau en a donnée; elle ne lui a pas paru suffisante, puisqu'il en donne une autre : « On appelle statuts réels les lois qui ont les choses pour objet principal, qui affectent directement les choses, qui en permettent ou en défendent la disposition, sans avoir aucun rapport à l'état ou à la capacité générale de la personne, si ce n'est d'une manière incidente ou accessoire, et par voie de conséquence; comme lorsque la loi augmente ou diminue, dans des cas particuliers, le droit de disposer qui appartient à la personne, d'après l'universalité de son état. Le statut réel imprime aux choses une certaine qualité, qui réfléchit naturellement sur les pouvoirs de la personne. »

Ce sont des exemples, une description, plutôt qu'une définition. Les statutaires essayèrent de s'en tenir au côté

(1) Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 99-102.

mécanique de la question. « Il me paraît, dit Boullenois, qu'il faut se renfermer à considérer le *matériel* du statut, la *chose* qui est dans le statut, sans faire attention ni à la *personne* à qui la loi permet ou défend, ni au *motif* de la loi, mais qu'il faut considérer simplement la chose qui est comprise dans la prohibition, la permission ou la disposition de la loi, et la nature de cette chose. » On a beau établir des règles mécaniques, la vie réelle se joue de ces abstractions, et donne un démenti à une prétendue science, morale de son essence, et qui déclare qu'elle ne tient aucun compte du *motif* des lois ni par conséquent de leur esprit. Du reste Fœlix avoue que les définitions que donnent les auteurs sont souvent insuffisantes pour déterminer la nature personnelle ou réelle des lois (1). Cela affaiblit déjà singulièrement l'autorité de la tradition. Et nous ne sommes pas au bout.

247. Les réalistes se rendent la tâche plus facile, en apparence. Ils nient qu'aucune loi, quelque personnelle qu'on la suppose, ait effet hors de son territoire. Mais on a beau nier la personnalité, et renfermer les peuples dans les bornes de leur territoire, comme dans un mur chinois; Jean Voet avouait que cette *souveraineté mordicus* était impossible à pratiquer. Les statutaires imaginèrent la courtoisie au nom de laquelle on reconnaissait aux lois étrangères une autorité que le droit strict leur refusait. C'était un palliatif à une doctrine absurde, ce n'était pas un principe. Les réalistes eux-mêmes furent obligés de dévier de leur doctrine. Paul Voet faisait une exception pour les formes de l'acte; il admettait, avec tout le monde, du reste, que les formes dépendaient, non de la situation de la chose, mais de la loi du lieu où l'acte était passé. Je me trompe en disant que tout le monde admettait la règle *Locus regit actum*. Story trouve étrange que le statutaire hollandais fasse dépendre les formes du lieu de la rédaction, au lieu de suivre la loi de la situation des immeubles (2). Cette exception à la réalité du statut immobilier, que Story trouve si étrange, forme le droit commun

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 45-47.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 534, note 1 (7e édit.).

de l'Europe; lui-même cite le témoignage de Fœlix, le plus réaliste des auteurs modernes. Je renvoie à l'Etude que j'ai consacrée à la maxime *Locus regit actum*, qui est considérée comme une règle du droit des gens; mais elle prête à la confusion, parce qu'il y a des formes de diverses espèces. Story n'aurait-il pas confondu les formes instrumentaires, auxquelles s'applique l'adage, avec les formes ou solennités prescrites pour la validité ou l'existence du fait juridique, formes que nous appelons solennelles (1)? De ces formes on peut dire qu'elles dépendent de la loi du lieu où l'immeuble est situé. Ce qui prouve que Story entend par formes celles qui sont de la substance du fait juridique, c'est qu'il cite le statut anglais des fraudes, aux termes duquel un acte qui dispose d'un immeuble n'est valable que lorsqu'il est dressé par écrit, tandis qu'en droit français aucun écrit n'est nécessaire pour la validité de la vente entre les parties. Il est certain qu'une vente verbale consentie en France d'un immeuble situé en Angleterre ne transférerait pas la propriété à l'acheteur; c'est une solennité qui concerne le fait juridique, ce n'est pas une simple forme instrumentaire. Les formes instrumentaires ne regardent que l'écrit dressé pour constater le titre. En ce sens la maxime *Locus regit actum* est étrangère aux faits juridiques, tels que la vente d'un immeuble ou d'un meuble; donc le statut réel est hors de cause. Le statut des formes n'est ni personnel ni réel, on devrait l'admettre, quand même on rejetterait la théorie des statuts. Cela prouve qu'il y a confusion dans ce que Story dit des formes en matière d'immeubles.

248. Faut-il appliquer le statut réel à la capacité des parties contractantes? Les Anglo-Américains n'hésitent pas à répondre affirmativement. D'après ma loi personnelle, je ne suis majeur qu'à vingt-cinq ans; néanmoins je pourrai disposer d'un immeuble situé en Angleterre, à vingt et un ans, parce que d'après la loi anglaise on est majeur à cet âge, et capable de faire tous les actes civils. De même si je suis majeur à vingt ans d'après ma loi person-

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 547, § 435.

nelle, je ne pourrai pas aliéner les biens que je possède en Angleterre, parce que j'y suis réputé mineur, jusqu'à ce que j'aie atteint l'âge de vingt et un ans. Il y avait naguère une incapacité plus radicale qui frappait tout étranger : il ne pouvait acquérir une parcelle du sol anglais, parce qu'il n'était pas vassal du roi d'Angleterre, et que la propriété était encore, dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle, une tenure féodale. Story mentionne cette incapacité; en effet, elle n'a été abolie que par un acte passé en 1870. Story constate le fait; il dit que le principe du statut réel en matière de capacité est reçu en Angleterre et aux Etats-Unis; il cite les paroles du *chief-justice* Abbott, qui déclare n'avoir trouvé dans Westminster Hall aucun acte qui permît de tenir compte de la loi personnelle dans la translation de la propriété des immeubles (1). Story ne se demande pas comment il se fait qu'un homme majeur et capable devient incapable, parce que le bien qu'il aliène est situé en Angleterre, ni pourquoi un incapable devient capable de disposer des biens qu'il y possède; la *common-law* et les décisions du *chief-justice* lui suffisent. Cela est parce que cela est. Toute loi concernant les immeubles est réelle, dit Westlake (2); pas un mot pour justifier cette proposition, c'est un axiome; pas un mot sur l'origine de cette étrange doctrine, qui nous ramène au onzième siècle. Cela est parce que cela est.

Story établit la réalité du statut immobilier en termes absolus : la loi du lieu où les immeubles sont situés régit exclusivement les droits des parties contractantes, le mode de translation de la propriété, et les solennités qui doivent être observées. Story ajoute que cela est généralement admis même par les juristes étrangers; il a cependant soin d'ajouter que ce n'est pas l'opinion universelle. Ici je proteste. Je vais suivre le jurisconsulte américain dans la revue qu'il fait des légistes statutaires, et il me sera facile de prouver qu'il confond les diverses écoles, qu'il fait dire aux auteurs français le contraire de ce qu'ils disent.

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 540, §§ 430 et 431, et p. 547, § 434.
(2) Westlake, *Private international law*, p. 178, § 146, 2e édit.

J'ajouterai les témoignages des auteurs allemands et italiens; le résultat de mon enquête sera qu'il faut renverser la proposition de Story et dire que l'opinion générale, dans les temps modernes, est que pour ce qui regarde la capacité de disposer des immeubles on suit la loi des personnes, et pour les formes dans lesquelles se fait la translation, la loi du lieu où l'acte est dressé. Cela prouve combien il est nécessaire, dans une science qui n'est encore que de l'histoire, de tenir compte du développement historique des idées.

249. Story cite les témoignages des statutaires belges et hollandais (1), sans se douter qu'ils appartiennent à l'école qui donne tout à la réalité, comme le leur reprochaient les statutaires français. Le jurisconsulte américain transcrit de longs extraits de notre Bourgoingne, esprit vigoureux, mais entêté de réalité, comme tous ses compatriotes. Cependant il était trop bon juriste pour nier le caractère personnel de la capacité des personnes; il chercha à concilier ce qui est inconciliable, la personnalité et la réalité, dans un seul et même fait juridique: la capacité détermine la validité ou la nullité du contrat, considéré comme source d'obligations : la translation de la propriété dépend de la loi du lieu où l'immeuble est situé. Story cite ces paroles, sans rappeler que la distinction avait été combattue par tous les statutaires, de sorte que Bourgoingne resta seul de son avis.

Jean Voet nie la personnalité des lois, même de celles qui concernent l'état et la capacité des personnes. Rien de plus logique au point de vue de la souveraineté territoriale; les lois, émanation d'une souveraineté étrangère, ne peuvent avoir d'empire hors du territoire sur lequel elle s'exerce. Mais que deviendront les relations internationales si une personne mineure ici est majeure ailleurs; si une femme mariée, incapable d'après sa loi personnelle, devient capable d'après le statut territorial; si un aliéné, interdit dans son pays natal, est réputé sain d'esprit là où il possède des immeubles? Jean Voet recula devant ces

(1) Story, *Conflict of laws*, §§ 433 et 433 *a*, p. 544 et suiv.

absurdités et admit le statut personnel à titre de courtoisie. C'était un premier pas fait hors de la réalité absolue. Story ne parle pas de cet accommodement de Voet avec le réalisme : déclarer qu'une doctrine est impraticable, n'est-ce pas la condamner? Je crois inutile de citer les autres autorités invoquées par Story, Christynen et Peck; j'ai dit, dans l'Introduction de ces Etudes, que le réalisme régnait dans toutes les provinces belgiques, et j'ai cherché à expliquer ce fait.

250. J'arrive à la tradition française, objet spécial de ces Etudes. Froland et Boullenois se prononcent sans hésiter contre le réalisme belge. Boullenois renverse directement les propositions de Story (n° 248) : celui qui est mineur d'après la loi de son domicile ne peut pas disposer des biens qu'il possède dans un pays dont les lois le réputeraient majeur; et le majeur reste capable de disposer des immeubles situés dans un pays où il serait réputé mineur en vertu de la loi territoriale.

Cependant, si l'on en croit Story, les jurisconsultes les plus autorisés de la tradition française seraient d'un avis contraire. J'avoue que j'ai été surpris en voyant Dumoulin et Bouhier rangés parmi les réalistes, et partageant, sur la question de la capacité, l'opinion de Bourgoingne et de Peck. Nous allons entendre Bouhier lui-même : « Froland et *presque tous les auteurs sont d'accord* que celui qui est déclaré majeur au lieu de son domicile est reconnu partout comme tel, *à moins que la coutume des lieux n'y résiste;* » je dirai plus loin ce que Bouhier entend par cette réserve. « Au contraire, celui qui y est tenu pour mineur ne saurait faire aucun acte de majeur, même à l'égard des biens qui lui appartiennent dans des coutumes où il aurait atteint l'âge de majorité, s'il y avait fait sa résidence, et ce, nonobstant l'avis contraire de Barth. Socin, cité et suivi par Chopin et par Paul Voet, l'opinion duquel est d'autant plus *absurde* qu'il reconnaît que ces sortes de statuts sont personnels » (1). Voilà de nouveau le contre-pied absolu de la doctrine de Story.

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIV, nos 13 (Œuvres, t. Ier, p. 670).

Je dois m'arrêter à l'opinion de Dumoulin que l'on invoquait, comme Story le fait aussi, en faveur de la réalité. Voici les paroles de Dumoulin; à force d'être concis, il est presque toujours obscur: « *Si statutum dicat quod minor viginti quinque annis non possit testari de immobilibus, tunc non respicit personam, nec agit in personam principaliter*, sed in certas res, ad finem conservandi patrimonii, et sic est reale. *Unde statutum loci inspicitur, sive persona subdita sit, sive non* (1). » Voici l'interprétation de Bouhier, et elle n'est pas douteuse : « On ne prend pas garde que cette décision est dans le cas d'une autre règle que nous avons adoptée ailleurs, c'est que *le statut personnel qui permet une chose cède au statut réel qui la défend*. » J'ai souvent appliqué cette règle; on suppose que le statut prohibitif est d'intérêt général, comme Dumoulin le dit dans l'espèce, le statut ayant pour objet de conserver les biens dans la famille. « Ainsi, encore que le statut du testateur lui permette de tester de ses immeubles à la puberté, il ne peut pas pour cela tester des immeubles lesquels lui appartiennent dans des coutumes qui lui défendent d'en disposer avant la majorité. » C'est l'avis de Dumoulin auquel je souscris sans difficulté. On peut aussi en faire l'application au mineur qui a des immeubles dans la coutume prohibitive où il réside, et d'autres dans les coutumes libres; car la prohibition de celle de son domicile étant réelle ne l'empêche pas de pouvoir disposer des immeubles qu'il possède ailleurs. Voilà le véritable objet de la décision de Dumoulin. Autrement il contredirait une règle qu'il a établie ailleurs (2), et qui est aujourd'hui généralement reçue, que, « *quando statutum, principaliter, primario et directo disponit in personas subjectas, non est inconveniens quod in consequentiam et per indirectum habeat effectum ubique, etiam in bonis sitis extra locum consuetudinis* ». Or, peut-on douter que la loi qui permet de tester de ses biens à un certain âge ne regarde principalement et directement la personne du testateur (3)? »

(1) Dumoulin, *In Rubrica Codicis*, lib. I, tit Ier.
(2) Dumoulin, dans son fameux *Conseil*, 53, n° 8.
(3) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIV, nos 102-104, p. 685.

251. Il y a un moyen très simple de constater la tradition française, c'est de recourir à Pothier, qui résume le droit traditionnel tel que les auteurs du code le connaissent. Or, dans son Introduction générale aux Coutumes, Pothier établit les principes suivants : « On appelle statuts personnels les dispositions coutumières qui ont pour objet principal de régler l'état des personnes. Ces statuts exercent leur empire sur ces personnes, *par rapport à tous leurs biens, quelque part qu'ils soient situés.* »

Le code civil reproduit ces principes dans l'article 3 : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes sont personnelles. » Le code consacre aussi le statut réel : les immeubles situés en France sont régis par la loi française. Est-ce un principe absolu? Ce serait annuler le statut personnel que le code consacre dans le même article qui maintient le statut réel; il faut donc l'entendre comme Pothier l'entendait : le statut personnel a effet sur les biens de la personne partout, dans quelque pays qu'ils soient situés. Les deux statuts vont de pair dans l'article 3, il faut faire à chacun sa part légitime.

C'est l'explication de Merlin, qui a été élevé dans la tradition. Après avoir transcrit la règle de l'article 3 relative au statut réel, il demande si elle est absolue : Est-ce que la loi étrangère doit toujours, indistinctement, se taire devant la loi française? Il répond non : dans deux cas, et c'est, au contraire, la loi française qui doit céder à la loi étrangère. Le premier est lorsque la validité des transactions ou dispositions relatives à des immeubles est subordonnée à la capacité ou à l'incapacité des étrangers qui les font. Plus loin il cite le même exemple que Story a donné, en décidant la question dans un sens contraire : « L'étranger âgé de vingt et un ans, mais né et domicilié dans un pays où la majorité ne s'acquiert qu'à vingt-cinq, ne pourra pas, pour aliéner ou hypothéquer ses immeubles en France, se prévaloir de la capacité qu'ont à cet égard les Français parvenus à son âge. Mineur par la loi de sa naissance et de son domicile, il sera considéré en France comme mineur (1). »

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, § IV, p. 431 et 435 de l'édition de Bruxelles.

Merlin admet une seconde exception à la réalité des statuts immobiliers. Il suppose que les étrangers, possesseurs d'immeubles situés en France, ont adopté la loi étrangère par un pacte exprès; dans ce cas, ce n'est pas comme *loi* qu'elle agit en France sur les immeubles qui y sont situés, c'est comme convention. C'est dire qu'alors il n'y a pas lieu d'appliquer la théorie des statuts, parce que les statuts sont des lois ou des coutumes, et que, dans l'espèce, c'est la convention qui est la loi des parties. Il en serait de même de la volonté tacite; elle suffit pour qu'il y ait contrat; et dès que les parties sont régies par des conventions, il ne peut plus être question de statuts.

252. Ce que je viens de dire ne suffit point pour résoudre les difficultés que présente l'article 3. J'ai dit souvent que le grand problème de notre science consiste à discerner les cas dans lesquels le statut est réel ou territorial. Nous avons déjà rencontré bien de ces questions plus ou moins douteuses. Pour le moment il s'agit de formuler un principe qui serve à les décider. Quelle est l'étendue de la règle établie par l'article 3? Il y a sur ce point une grande divergence d'avis. Je vais rapporter les deux opinions extrêmes.

M. Barde dit que le texte de l'article 3 est absolu; il est impossible d'y apporter des exceptions. Et dans l'esprit de la loi, le statut réel est toujours une question d'ordre public, étant par essence destiné à sauvegarder la base matérielle de l'Etat. Considérée philosophiquement, cette idée est incontestablement outrée; elle peut même être jugée inexacte, mais nous croyons *évident* que les auteurs du code civil ont considéré comme pouvant compromettre la sûreté publique la moindre influence directe d'une loi étrangère sur le sol français (1).

Je laisse maintenant la parole à M. Bertauld, aujourd'hui procureur général près la cour de cassation. Il commence par discuter les questions particulières qui se présentent sur l'article 3 du code Napoléon, notamment celle de savoir si le statut des successions est personnel ou réel,

(1) Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 99 et suiv.

en se prononçant pour la personnalité, puis il conclut : « En général, la loi française ne régit les immeubles situés en France, et dont les étrangers sont propriétaires, qu'autant que le maintien du régime de la propriété foncière française est intéressé. » J'arrête l'interprète, il restreint la règle de l'article 3 : celle-ci est absolue dans ses termes, et nous n'avons le droit de l'interpréter restrictivement que si la volonté du législateur ou la tradition nous y autorisent. Or, l'Exposé des motifs de Portalis dit, en termes aussi absolus que le texte, que toute loi concernant les immeubles est réelle, parce qu'elle intéresse la souveraineté, et que la souveraineté ne saurait être divisée. L'ancien droit disait que les coutumes étaient réelles, et l'on entendait par là qu'elles étaient souveraines. Or l'interprète ne peut faire dire à la loi autre chose que ce que disent le texte, l'esprit, et la tradition du code civil.

M. Bertauld continue : « L'*état* et la *capacité* des étrangers réagissent sur leurs immeubles français comme sur leurs meubles, toutes les fois que le *titre* et le *mode de fond*, suivant lesquels ils disposent de ces immeubles, ne heurtent pas directement un *intérêt politique* ou *économique* confié à la sauvegarde de la *souveraineté française*. » Que le statut réel ne soit pas exclusif, cela est d'évidence, puisque le code Napoléon admet, à côté du statut français qui régit les immeubles, le statut personnel qui régit les personnes. Et le statut personnel réagit sur les biens ; Pothier nous l'a dit (n° 251) en résumant la tradition française. Sur ce point, M. Bertauld a raison. Il est encore dans le vrai en faisant une réserve en faveur du statut réel, quand il y a un intérêt de souveraineté en cause : les partisans du statut personnel ont toujours admis que, dans le conflit entre ce statut et le statut personnel, le premier l'emportait quand il était prohibitif, ce qui voulait dire quand le législateur manifestait la volonté d'exclure toute convention et toute loi contraires. « La loi personnelle des étrangers, dit M. Bertauld, est, quant aux *titres* et aux *moyens de fond*, leur *règle*, et la loi française ne leur est applicable que par *exception*, et lorsqu'elle a un caractère impératif ou prohibitif. » Ici M. Bertauld

s'écarte du texte et de l'Exposé des motifs. Le texte fait du statut réel la règle; le jurisconsulte français en fait l'exception. Portalis établit comme règle générale que le statut des immeubles intéresse la souveraineté : tandis que, d'après M. Bertauld, ce statut par lui-même ne dépend pas plus de la puissance souveraine que le statut des meubles. Je n'oserais pas aller aussi loin; je dirai à l'instant dans quelle mesure l'interprète pourrait, à mon avis, s'écarter de l'article 3.

M. Bertauld dit qu'il faut consulter la *pensée* qui a dicté la loi française. Sans doute, mais dans la matière des statuts les législateurs du code civil se sont bornés à écrire ce qu'ils ont lu dans Pothier, et Pothier s'en est tenu à la tradition, telle qu'elle avait cours de son temps. Qu'en faut-il conclure? C'est que, sur chaque question, il faut remonter avant tout au droit traditionnel. Ce n'est pas ainsi que M. Bertauld procède; il dit qu'il s'est livré à l'analyse des espèces, en mettant chacune d'elles en contact avec les idées de *raison*, de *justice*, d'*utilité*, dont le *droit* est l'*expression*. En procédant ainsi, « en faisant appel à la *raison*, à la *justice*, à l'*utilité*, il a abouti à une doctrine qui est plus en rapport avec les *besoins de nos sociétés modernes* que celle qui est enseignée dans nos meilleurs livres sur l'article 3 du code Napoléon (1) ». Je scandaliserai peut-être plus d'un lecteur en disant que c'est précisément parce que le système de M. Bertauld est plus en harmonie avec les besoins de nos sociétés modernes que la théorie traditionnelle adoptée par les auteurs français, que je la repousse comme fausse : M. Bertauld a fait œuvre de législateur, oubliant qu'il n'est qu'un interprète, lié par le texte et par des idées qui peuvent ne pas être celles de notre temps. Les anciens étaient unanimes à considérer le statut de succession comme réel quand il s'agissait d'immeubles; d'Argentré dit que les enfants n'en doutaient plus, et on ne trouve pas l'ombre d'un doute sur ce point dans les auteurs du dernier siècle. Cela n'empêche pas M. Bertauld de corriger la loi en recourant à la *raison*, à

(1) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 104, n° 142.

la *justice*, à l'*utilité*; il fallait laisser ce soin au législateur, en se contentant de prouver l'absurdité à laquelle conduit à chaque pas le principe de la réalité. C'est ce que j'ai essayé de faire, tout en m'inclinant, comme interprète, devant la tradition, parce que la tradition, dans l'espèce, c'est la loi, et le premier devoir du jurisconsulte est de respecter la loi, fût-elle contraire à la *raison*, à la *justice* et à l'*utilité*.

253. Est-ce à dire qu'il faille s'en tenir à la lettre de l'article 3 et réputer réel tout statut concernant les immeubles? C'est le principe d'interprétation de M. Barde: Il serait à l'abri de toute objection, s'il était conforme à la tradition. M. Barde paraît le croire. Mais le droit traditionnel n'avait pas la fixité ni l'immobilité qu'ont les dispositions de nos codes : il était flottant et indécis, notamment dans la matière si difficile des statuts. J'en ai donné de nombreux exemples dans mon Etude sur les successions. Or, dès que la tradition est incertaine, divisée, elle perd son autorité; elle nous laisse la latitude de choisir entre les diverses opinions et d'adopter celle qui répond le mieux à nos idées modernes; ce n'est pas violer le droit traditionnel, c'est au contraire suivre l'esprit de la tradition qui avait, en France, une tendance prononcée pour la personnalité.

254. Il nous faut encore consulter la doctrine qui règne dans les pays étrangers. Je laisse de côté les légistes anglo-américains. Nous connaissons leur système, c'est le réalisme absolu, plus absolu que celui des légistes belges et hollandais. Fœlix a eu tort de s'en inspirer; un jurisconsulte italien, Fiore dit avec raison que c'est retourner au moyen âge où tout étranger était ennemi et par conséquent aussi toute loi étrangère (1). A vrai dire, la *common-law* date du onzième siècle; et faut-il ajouter que la tradition féodale n'est pas celle du droit français? La France a rompu violemment avec son passé en abolissant la féodalité civile jusque dans ses derniers vestiges; si les auteurs du code Napoléon avaient eu conscience du

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 263.

lien qui existe entre le statut réel et le droit féodal, ils n'auraient pas écrit l'article 3 du code civil; et Portalis n'aurait pas fondé la réalité du statut des immeubles sur la doctrine de la souveraineté territoriale, s'il avait su que c'était celle des seigneurs féodaux. Interpréter l'article 3 du code civil par le droit féodal, c'est reculer de huit siècles. L'homme n'est plus l'accessoire du sol, comme il l'était sous le régime féodal; et ce n'est plus la terre qui règne, ce sont les nations.

Savigny, quoique écrivant dans un pays où la tradition féodale domine encore dans les hautes couches de la société, commence par revendiquer la personnalité pour ce qui concerne le droit de transmettre et d'acquérir la propriété. Il n'hésite pas à qualifier d'erronée l'opinion réaliste de Story, qui réalise même la capacité, le fait le plus personnel que l'on puisse concevoir (1); seulement ce n'est pas l'erreur d'un légiste, c'est l'erreur d'une loi, l'erreur de la race anglo-américaine.

255. Que les Italiens soient partisans de la personnalité des statuts immobiliers, cela n'est pas étonnant, puisqu'ils ont été les premiers à rejeter, dans leur code, la tradition de la réalité du statut des successions. M. Fiore professe une théorie qui est au fond la mienne, ce qui est une grande autorité pour les principes que nous enseignons l'un et l'autre, car nous avons écrit sans connaître les opinions émises par chacun de nous; si nous nous sommes rencontrés, c'est que nous avons été entraînés par le même courant d'idées. Le légiste italien distingue, comme je l'ai fait, entre les lois d'intérêt social ou d'ordre public et les lois d'intérêt privé. Les premières sont réelles de leur essence; on ne conçoit pas qu'une loi étrangère, expression d'une autre souveraineté, vienne altérer les principes essentiels d'une société sur laquelle elle n'a aucune autorité : ici on peut dire, avec les auteurs du code civil, que la souveraineté est en cause et qu'elle l'emporte sur le statut étranger qui serait contraire à la loi territoriale. Il n'en est pas de même des lois d'intérêt privé; ce

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 181-183. Comparez le t. II de ces Etudes, p. 303, § 3.

n'est pas que le législateur y soit indifférent; mais s'il permet à l'étranger d'invoquer son statut personnel quand il s'agit de son état et de sa capacité, pourquoi s'opposerait-il à ce que l'étranger soit régi par sa loi personnelle quand il s'agit d'intérêts privés, bien que ces intérêts se rapportent à des immeubles?

Reste à savoir si cette théorie est celle du code italien. La question est d'une grande importance; j'en ai déjà touché un mot (t. II, n° 168); je dois y revenir. Il est bien vrai que la vérité du principe ne dépend pas de sa consécration par une loi positive; toutefois ce serait une autorité pour l'opinion que je défends, si le code d'Italie l'avait adoptée, et c'est un grave préjugé contre ma doctrine et celle de Fiore si le législateur italien l'a repoussée : le principe de la personnalité rencontrerait un obstacle là où il devrait trouver un appui, et je crains qu'il n'en soit ainsi.

Le code italien (1) est ainsi conçu : « Les biens meubles sont soumis à la loi de la nation de leur propriétaire, sauf disposition contraire de la loi du pays où ils se trouvent. Les biens immeubles sont soumis à la loi en vigueur au lieu de leur situation. » A s'en tenir au texte, il y a identité entre la loi italienne et la loi française complétée par la tradition. L'article 7 fait une réserve pour les meubles, donc il établit une règle et une exception, la personnalité étant la règle et la réalité l'exception; tandis que pour les immeubles le code italien pose comme règle la réalité, sans mentionner une exception; la réalité est donc une règle absolue d'après l'article 7 du code d'Italie, comme d'après l'article 3 du code français. Quand le texte de la loi est si exclusif, est-il permis à l'interprète de distinguer?

Il ne faut pas isoler, dit M. Fiore (2), l'article 7 des autres dispositions du code. L'article 8 consacre une innovation considérable en soumettant les successions au statut personnel. Logiquement le législateur aurait dû étendre cette innovation au statut des immeubles; mais il ne l'a pas fait, pour mieux dire, le texte l'exclut; il est pro-

(1) Article 7 des Dispositions générales.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 270-273.

bable que les auteurs du code ont reculé devant l'espèce de révolution que semble impliquer l'abandon de la tradition séculaire qui admet la réalité du statut des immeubles. Bref, le législateur italien est resté à moitié traditionnaliste tout en innovant. C'est peut-être ainsi que le progrès doit se réaliser; il reste toujours des partisans du passé, il faut leur donner une satisfaction; cela est illogique, mais je dirai ce que dit Pisanelli de la puissance maritale telle qu'elle a été modifiée par le code italien : c'est un premier pas hors de la tradition, les autres suivront.

J'ajouterai que Lomonaco et le regretté Pacifici-Mazzoni ont interprété le code italien dans le sens de la tradition, comme je le fais (1). Ma conclusion est que c'est toujours l'esprit traditionnel qui domine dans la législation comme dans la science. C'est sur ce terrain que je me place; il va sans dire que je me réserve de critiquer, au point de vue des principes, ce que je suis obligé d'enseigner comme interprète du code.

SECTION II. — La possession.

256. Le code civil (art. 2262) définit la possession en ces termes : « C'est la *détention* ou la *jouissance* d'une *chose* ou d'un *droit*, que nous *tenons* ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la *tient* ou qui l'exerce en notre nom. » Ainsi la possession implique ou la *détention* d'une *chose*, ou la *jouissance* d'un *droit*. Détenir veut dire, tenir dans la main, avoir en sa puissance, et le mot *jouir* a une signification analogue. La possession est donc un fait matériel. En doit-on conclure qu'elle dépend du statut réel ou territorial? Savigny et Bar, à sa suite, le disent (2). N'y a-t-il pas un sous entendu dans cette opinion? Un fait purement matériel ne dépend d'aucun statut, puisque les lois s'occupent, non de faits, mais

(1) *Pacifici-Mazzoni, Istitutioni di diritto italiano*, t. Ier, p. 224, nos 93-97 (2e édit., 1880). Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 106, 111 et suiv.

(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 199, 200. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 207.

de droits. Pour que la possession forme un statut quelconque, il faut qu'elle soit un droit ou que des droits y soient attachés. Les auteurs français rangent généralement la possession parmi les droits réels, ce qui déciderait la question du statut, les droits réels étant une dépendance du statut territorial, dans l'opinion commune. Le code civil ne s'explique pas sur la nature de la possession; dans le silence de la loi, il faut consulter le droit ancien, et avant tout Pothier, qui résume la tradition française. Or, dans son Traité de la *Possession* (n° 82) (1), Pothier dit formellement que la possession n'est pas un droit dans la chose, qu'en elle-même ce n'est qu'un fait; mais qu'elle donne néanmoins au possesseur certains droits par rapport à la chose qu'il possède.

257. « Le possesseur, dit Pothier, est présumé propriétaire de la chose jusqu'à ce que le vrai propriétaire ait pleinement justifié sa propriété. » Une contestation s'élève sur la propriété d'un fonds; c'est le possesseur qui est attaqué; il obtiendra gain de cause si le demandeur ne prouve pas son droit. C'est ce qu'on exprime par ce vieil adage: « *In pari causa melior est causa possidentis.* » C'est une règle universellement admise, et sur laquelle, par conséquent, il ne saurait y avoir un conflit entre les diverses législations; dès lors le droit civil international est hors du débat, notre science n'ayant pour objet que de régler ces conflits.

258. Le possesseur a les actions possessoires. Quand il est troublé dans sa possession, il a une action appelée *complainte,* pour être maintenu dans sa possession; et s'il en est dépouillé violemment, il a une action appelée *réintégrande,* par laquelle il sera rétabli dans sa possession. Pour que le possesseur puisse intenter ces actions, il doit posséder depuis un an au moins, paisiblement et à titre de propriétaire, et elles ne peuvent être formées utilement que dans l'année du trouble ou de la dépossession (code de proc., art. 23). Tant que la possession n'a pas la durée d'une année, la loi ne la protége pas par des actions judi-

(1) Comparez l'Introduction générale aux coutumes, n° 107.

ciaires, c'est un pur fait auquel elle n'attache aucun droit.

Savigny dit que les actions possessoires ont un double caractère : comme réprimant le trouble et la violence, elles appartiennent aux obligations qui naissent d'un délit; mais cet élément n'est que secondaire; elles sont accordées au possesseur pour faire cesser le trouble et l'usurpation : à ce titre, dit Savigny, elles dépendent de la loi de la situation (1). C'est aussi, dans notre droit, devant le juge de paix de la situation qu'elles doivent être intentées. Tout est donc local, territorial dans ces actions et, partant, elles sont régies par la loi du lieu où les biens sont situés. C'est la théorie traditionnelle; elle est en harmonie avec les principes que j'ai admis sur le statut réel. Le trouble et la violence, en matière de possession, doivent être réprimés, et la possession doit être protégée, sinon il n'y aurait plus de société; la conservation de l'ordre social est donc engagée dans ces débats et, par suite, l'existence même de la société est en cause. Et à qui est-ce de veiller à l'existence et à la conservation de la société? Au législateur du pays où les biens sont situés. Ce serait une atteinte portée au souverain du territoire si une loi étrangère prétendait régler les conditions et les effets des actions possessoires, autrement que ne l'a fait le législateur territorial.

259. Quand le possesseur est évincé par suite d'une action en revendication, la loi doit régler les droits et les obligations des deux parties. On suppose que le possesseur a fait des constructions et des plantations (C. Nap., 555). Les droits du tiers possesseur diffèrent, dans ce cas, selon qu'il est de bonne ou de mauvaise foi. Est-il de bonne foi, le propriétaire qui revendique l'héritage contre lui ne peut pas demander la suppression des constructions et des plantations, mais il a le choix de rembourser l'impense ou la plus-value. Le possesseur est-il de mauvaise foi, le propriétaire peut demander la suppression des plantations et constructions; s'il préfère les conserver, il doit rembourser l'impense.

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 199 et 200. Comparez Esperson. *Il Principio di nazionalità applicato alle relationi internazionali*, p. 99 et 100.

Il est assez difficile de justifier ces dispositions, et, par conséquent, d'en préciser le caractère. La loi favorise le possesseur de bonne foi; c'est une dérogation au droit strict du propriétaire. Le possesseur, en élevant des constructions, a violé le droit du propriétaire; celui-ci seul a le droit de planter et de construire. Il faut recourir à l'équité pour justifier l'article 555. Le possesseur possède, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices; il a construit, se croyant et devant se croire propriétaire; on ne peut lui reprocher aucune faute, aucune imprudence; tandis que l'inaction du propriétaire qui le laisse en possession est au moins une négligence. Quant au possesseur de mauvaise foi, il ne peut invoquer l'équité; l'équité s'oppose, au contraire, à ce qu'il force le propriétaire à conserver des constructions que celui-ci n'aurait peut-être pas faites.

Quant au règlement de l'indemnité, on a critiqué le système du code en ce qui concerne le possesseur de mauvaise foi. Je crois inutile d'entrer dans ces détails (1). Ce que je viens de dire suffit pour apprécier la nature du statut qui régit les rapports entre le propriétaire revendiquant et le possesseur évincé qui a fait des constructions et des plantations. C'est une dérogation au droit strict du propriétaire; or, le législateur territorial peut seul modifier le droit de propriété qui, de sa nature, est absolu. Ici on peut dire avec Portalis que la souveraineté est en cause : le droit de propriété est en conflit avec l'équité. La propriété est la base de l'ordre civil et de l'ordre politique. Doit-elle être absolue? ou y a-t-il des circonstances dans lesquelles l'équité l'emporte sur le droit strict du propriétaire? quelle est la mesure de ce sacrifice? Ces questions touchent à des principes fondamentaux de l'ordre social. Dans la doctrine traditionnelle, il suffit que la loi concerne les immeubles pour être réelle; notre science peut accepter cet héritage du passé, mais en y ajoutant un autre motif, c'est l'intérêt et le droit de la société. Le statut est donc territorial; il régit les immeu-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VI, p. 344.

bles situés en France, quelle que soit la nationalité du possesseur; mais il ne dépasse pas les limites du territoire.

260. La revendication du propriétaire contre le possesseur donne encore lieu à un autre conflit plus fréquent : le possesseur a recueilli les fruits, les gagne-t-il, ou doit-il les restituer? L'article 549 répond à la question : « Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi; dans le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique. » On comprend facilement que le possesseur de mauvaise foi soit tenu de restituer les fruits; il sait que la chose ne lui appartient pas, il sait donc que les fruits sont la propriété du maître et qu'il doit les lui restituer. Pothier invoque le principe de justice écrit dans les livres saints : « *Bien d'autrui ne retiendras à ton escient.* »

Il est plus difficile de justifier le droit aux fruits que la loi donne au possesseur de bonne foi. En principe, les fruits appartiennent au propriétaire. L'éviction prouve que le possesseur n'a jamais eu de droit sur la chose, donc il n'a jamais eu de droit aux fruits. Invoquera-t-il l'équité? Tout ce que l'équité exige, c'est que le propriétaire rembourse au possesseur les frais des labours et semences par lui faits.

C'est cependant une considération d'équité qui a été la première origine du droit que le code civil reconnaît au possesseur de bonne foi. Il a dû se croire propriétaire; il a travaillé comme tel; il doit profiter des fruits de son labeur. Si le propriétaire y perd, il doit s'en prendre à sa négligence (1).

Cette considération détermine la nature du statut qui donne les fruits au possesseur de bonne foi. C'est, au point de vue juridique, une vraie expropriation, pour cause d'équité, et sans dédommagement aucun. Or, je viens de dire (n° 259) que le législateur territorial peut seul modifier le droit de propriété, au nom de l'équité, dans l'intérêt du

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VI, p. 272.

possesseur de bonne foi; à plus forte raison, lui seul a-t-il compétence pour enlever au propriétaire les produits de la chose, qui lui appartiennent au même titre que la chose principale dont ils sont un accessoire, pour les attribuer au possesseur, même les fruits naturels, qu'il recueille sans travail aucun. Je ne sais si le législateur n'a point dépassé les bornes de l'équité. Toujours est-il que la disposition du code civil est strictement territoriale; elle n'a aucune autorité hors du territoire, le législateur français n'ayant pas le pouvoir de modifier et de sacrifier les droits du propriétaire dans les pays où il n'exerce aucune souveraineté. Par contre, l'étranger qui serait propriétaire en France subirait la loi territoriale; et le possesseur, fût-il étranger, profiterait des fruits sans qu'on pût lui opposer sa loi nationale. Au point de vue des intérêts privés, cela paraît injuste; c'est une raison de plus pour maintenir le principe de la souveraineté territoriale et du statut réel; car le législateur du territoire a seul le droit d'imposer à la propriété le sacrifice de toute l'utilité qu'elle procure au maître.

Il y a encore dans cette matière un élément qui est territorial et qui explique la faveur que le code témoigne au possesseur : celui-ci doit être de bonne foi, pour gagner les fruits. La bonne foi est d'ordinaire une question de fait; dans l'espèce, l'article 550 définit la bonne foi requise pour que le possesseur fasse les fruits siens : « Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire en vertu d'un titre de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus. » En droit strict, sans doute, la bonne foi ne nous rend pas propriétaires; mais quand elle s'appuie sur un juste titre, l'équité parle plus haut que le droit. C'est un élément essentiel du statut qui règle les droits du possesseur sur les fruits. Il en résulte que la bonne foi du possesseur étranger doit avoir les caractères exigés par l'article 550, pour qu'il puisse réclamer le droit aux fruits; sans titre, la bonne foi légale n'existe point et, partant, le possesseur n'est pas un possesseur de bonne foi. La question est cependant controversée; je l'ai discutée

dans mes *Principes de droit civil*, auxquels je renvoie (1).

261. Le plus important des droits attachés à la possession est l'acquisition de la propriété par l'effet de la prescription. J'y reviendrai à la fin de ces Etudes.

SECTION III. — De la propriété.

262. C'est un lieu commun de droit civil international, que les lois qui régissent la propriété des immeubles forment un statut réel. Le principe du statut réel, tel que je l'ai formulé ici-même (nos 246-255), ne me permet pas d'accepter cette proposition comme un axiome. Ce n'est pas parce que la propriété a pour objet un immeuble qu'elle est régie par le statut de la situation; pour qu'il soit réel, il faut qu'il concerne la souveraineté territoriale, comme l'a expliqué Portalis. Si la tradition est d'accord sur ce point, tout est dit; je me soumets au droit traditionnel quand il est maintenu par le code civil, comme je me soumets au code civil lui-même; sauf à réserver ma liberté d'appréciation quand il s'agit d'examiner si la tradition est en harmonie avec la doctrine de la souveraineté, telle que nous l'entendons aujourd'hui.

Quand on dit que la propriété des immeubles dépend du statut réel, on entend dire qu'elle est de droit public, et tout ce qui est de droit public a le caractère de réalité. Cela est un peu vague. Par elle-même la propriété et les lois qui la régissent n'appartiennent pas au droit public; tout ce que notre Constitution en dit, c'est que nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique. Ce principe découle de l'essence de la propriété; il constitue un de ces droits que l'on appelle *naturels*, parce que c'est la nature qui les donne. La loi ne peut dépouiller le propriétaire d'un droit qu'elle ne lui a pas donné. Ce n'est pas parce que la propriété est inviolable qu'elle dépend du droit public. Quand on dit que la propriété est de droit public, on suppose que le maître exerce des droits, que ni le gouvernement, ni le pouvoir législatif ne songent

(1) Voyez le t. VI de mes *Principes*, p. 278, nos 208 et 209.

à lui disputer. Si la propriété est de droit public, c'est à raison des facultés qui en découlent au profit du maître.

263. Le caractère essentiel de la propriété, telle qu'elle est définie par l'article 544, est que le propriétaire a le *droit le plus absolu* de jouir et disposer de sa chose. Il n'en a pas toujours été ainsi. Le fief était une propriété toute différente de la propriété romaine, que les auteurs du code civil ont consacrée. D'une part, le fief donnait la souveraineté à celui qui le possédait; d'autre part, le baron était aussi vassal, donc dépendant d'un suzerain. Tous les détenteurs du sol étaient dans une dépendance plus ou moins grande, car il n'y avait pas de terre sans seigneur. La révolution française a affranchi le sol, et par là elle a affranchi tous ceux qui en étaient détenteurs à un titre féodal, et, par suite, dépendants. En ce sens, le pouvoir absolu de jouir et de disposer, dont parle l'article 544, est de droit public; la liberté de la propriété est l'expression de la liberté du propriétaire. La féodalité asservissait les personnes en asservissant les terres; les décrets du 4 août 1789 affranchirent le sol tout ensemble et ceux qui l'occupaient; ils sont résumés dans le magnifique préambule du code rural du 6 octobre 1791 : « Le territoire de la France, dans toute son étendue, est libre comme ceux qui l'habitent : ainsi toute propriété territoriale ne peut être sujette envers les particuliers qu'aux redevances et aux charges dont la convention n'est pas défendue par la loi, et envers la nation qu'aux contributions publiques et aux sacrifices que peut exiger le bien général, sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » La liberté du sol est certainement de droit public, puisqu'elle se lie intimement à la liberté des personnes. De là suit que la liberté des terres forme un statut réel; les étrangers ne peuvent invoquer leur loi personnelle contre la loi territoriale qui déclare libres les terres et les personnes.

264. Il y a encore un autre élément de la propriété qui est de droit public, et qui, par conséquent, forme un statut réel. L'article 544 dit que la propriété est le *droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus*

absolue. Il a été jugé par la cour de cassation que la libre disposition des biens est une règle d'ordre et d'intérêt publics; elle en conclut que le propriétaire ne peut pas renoncer à cette liberté (1). La cour invoque l'article 544, qui donne au maître de la chose le pouvoir absolu d'en disposer; ce droit est de l'essence de la propriété; si le propriétaire en est dépouillé, sa propriété est anéantie, et la propriété n'est-elle pas la base de l'ordre social? Sans la propriété, il n'y aurait plus d'individualité, ni, par conséquent, de liberté individuelle. Bourgoingne n'a pas tort de dire que, sans la propriété, l'homme est une vaine ombre, sans corps et sans consistance (2); la propriété est l'expression de notre individualité et elle en est la garantie. Voilà pourquoi la plupart des constitutions font de la propriété la condition de l'exercice des droits politiques; donc la propriété est le fondement de notre ordre politique, et, partant, elle est de droit public. Or, il est de principe que toutes les lois qui se rattachent au droit public forment un statut réel qui domine le statut personnel de l'étranger. Ici la théorie de la souveraineté reçoit son entière application. C'est à chaque nation d'organiser sa constitution d'après ses idées, ses besoins, ses mœurs; quand elle fait de la propriété la base de son organisation sociale, une loi étrangère ne peut venir déranger l'ordre qu'elle a établi, en altérant et en détruisant la liberté de disposer sans laquelle il n'y a plus de propriété; ce serait porter atteinte à la souveraineté.

Il y a encore un autre intérêt social à ce que le propriétaire puisse librement disposer des choses qui sont dans son domaine. C'est un principe d'économie politique que les biens doivent rester dans le commerce, et l'économie sociale est de droit public, puisqu'elle règle les conditions matérielles sans lesquelles la société ne pourrait exister, ni se conserver, ni surtout se perfectionner. Telle est la mission essentielle de la souveraineté dans nos idées modernes. Nous aboutissons à la conséquence que le législateur territorial peut seul déclarer une chose inaliénable.

(1) Cassation, 6 juin 1853 (Sirey, 1853, 1. 619).
(2) Voyez le tome Ier de ces Etudes, p. 438, n° 306.

Les dispositions faites en vertu d'une loi étrangère qui permettrait de placer les biens hors du commerce n'auraient aucun effet en France. Savigny met les fidéicommis sur la même ligne que les fiefs, en ce sens que ces deux espèces de propriété dépendent du statut réel; il y en a une raison décisive pour les fidéicommis; les biens frappés de substitution sont mis hors du commerce, au grand préjudice de la richesse publique. Les faits donnent à la doctrine des économistes une confirmation qui la met au-dessus de toute contestation. Une grande partie du sol de la France était hors du commerce sous l'ancien régime : tous les biens de la noblesse étaient substitués et les immenses domaines de l'Eglise ne pouvaient être aliénés. C'est depuis que ces chaînes ont été brisées que la France a pris cet admirable développement qui résiste à toutes les révolutions.

265. Ce que je dis des lois étrangères qui permettraient aux parties intéressées de déroger au principe de la libre disposition des biens en les mettant hors du commerce par leurs conventions, s'applique aussi aux dispositions testamentaires. L'article 900 du code Napoléon répute non écrites, dans les donations et testaments, les conditions contraires à la loi; or la condition de ne pas aliéner est contraire à la loi, puisque le droit d'aliéner est un attribut essentiel de la propriété, et cette liberté absolue de disposer est commandée par l'intérêt public, qui exige que les biens restent dans le commerce. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point, quand la prohibition d'aliéner est absolue, puisque, dans ce cas, elle équivaut à mettre les biens hors du commerce (1). Par identité de raison, une loi étrangère qui permettrait au testateur de faire des libéralités en y ajoutant la prohibition d'aliéner, céderait devant la loi territoriale qui donne au propriétaire le pouvoir de disposer de sa chose de la manière la plus absolue. La loi étrangère ne peut pas mettre hors du commerce des immeubles situés en France, ni autoriser le testateur à les frapper d'inaliénabilité : ce serait porter

(1) Voyez les témoignages dans mes *Principes de droit civil*, t. VI, p. 137 et 138, notes 1 et 2.

atteinte à la souveraineté française, qui, pour des motifs d'intérêt public, veut que les biens restent dans le commerce, et que le propriétaire ait un pouvoir absolu d'en disposer.

Que faut-il décider si la prohibition d'aliéner est limitée à un temps, ou subordonnée à certaines conditions? Sur ce point il y a quelque incertitude dans la doctrine et dans la jurisprudence françaises. A mon avis, il faut maintenir le principe de la liberté absolue de disposer que l'article 544 établit; cette liberté est de l'essence de la propriété, et elle est d'intérêt public. Cela est décisif. Il est vrai que l'article 544 ajoute que la loi peut apporter des modifications au pouvoir qu'a le maître de jouir et disposer de sa chose de la manière la plus absolue; mais ces restrictions ne peuvent être faites que par le législateur territorial; lui seul peut limiter une liberté qui est d'ordre social; le législateur étranger ne peut mettre hors du commerce ni en partie, ni sous certaines conditions, une partie du sol français, et compromettre par là les intérêts vitaux de la société française. Il n'y a pas de demi-souveraineté. Sur ce point, la doctrine de Portalis est d'une incontestable vérité: diviser, morceler, altérer la souveraineté française, c'est l'anéantir. Cela me paraît décisif (1).

266. L'article 544, après avoir établi le principe que la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, ajoute: « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Le droit absolu du propriétaire peut donc recevoir des restrictions, soit en vertu de la loi, soit en vertu des règlements. Je viens de dire que le législateur territorial a seul le pouvoir de restreindre la propriété. La libre disposition des biens est de droit public, or le droit public est une émanation de la souveraineté territoriale; et ce que le souverain du territoire a fait, lui seul peut le défaire, ou le modifier. Si une loi étrangère restreignait les droits du propriétaire, elle changerait le droit public du pays où les biens sont situés; ce serait, à la lettre, diviser la sou-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VI, p. 138 et 139.

veraineté, et la puissance souveraine ne comporte pas de partage.

Le principe est d'évidence; dans l'application, les difficultés ne manquent point. Un premier point est certain, c'est que si une loi française apporte des restrictions au droit absolu de jouir et disposer qui appartient au maître, les étrangers seront soumis à ces lois aussi bien que les naturels du pays. L'article 3 du code civil reçoit ici directement son application. La souveraineté est territoriale; elle s'étend, par conséquent, à tous les immeubles situés en France, sans distinguer si les propriétaires sont français ou étrangers. Au point de vue de la tradition, cela est décisif. Les lois qui restreignent la propriété sont une émanation de la puissance souveraine, donc elles sont applicables à tous les immeubles situés en France. Le droit traditionnel est, sur ce point, en harmonie avec la doctrine moderne sur la souveraineté. Il est de principe que le droit public et toutes les lois qui s'y rattachent appartiennent au statut réel; or rien n'est plus essentiel pour la société que la propriété, et la liberté de disposer qui en est un attribut; donc c'est au législateur territorial de régler les droits du propriétaire et les restrictions qu'il convient d'y apporter. Par identité de motifs, ces restrictions ne sont pas applicables aux biens que les Français possèdent en pays étranger. C'est qu'elles ne concernent que l'intérêt de la société française.

267. Cela n'est pas douteux. Mais quelles sont les restrictions qu'il convient d'apporter au droit de propriété? On lit dans un arrêt de la cour de cassation que, « selon le *droit naturel* et la loi civile, tous les biens sont libres dans les mains de ceux qui les possèdent légitimement (1) ». Si la *liberté* du propriétaire est de droit naturel, pourquoi et en vertu de quel principe le législateur y apporte-t-il des restrictions? On dit d'ordinaire qu'il le fait en vertu de l'*intérêt* général, lequel domine les *droits* des particuliers. Quand il n'y a que des intérêts en cause, cela est très vrai; la société ne serait pas possible si les individus pou-

(1) Cassation, 15 mars 1837 (Sirey, 1837, 1, 722).

vaient opposer leur intérêt particulier à l'intérêt général; mais quand les citoyens ont un droit, la société ne peut pas le leur enlever ni le modifier, en vertu de son intérêt : le droit domine l'intérêt (1). Il y a cependant des lois et des règlements qui restreignent l'usage de la propriété. Le code civil lui-même le fait. Je demande quel est le principe qui justifie ces restrictions? La société a aussi ses *droits*, parce qu'elle a des *devoirs*, une mission qu'elle ne pourrait remplir si elle ne pouvait imposer à ses membres certaines obligations ou restrictions. Il y a donc deux droits en conflit, ce qui implique que l'un modifie l'autre; le droit du propriétaire est modifié, en ce sens qu'il est restreint dans l'usage qu'il voudrait faire de sa propriété : le droit de la société est limité, en ce sens qu'elle ne peut jamais enlever à un citoyen son bien, sauf pour cause d'utilité publique.

268. Le code civil le dit (art. 545) ainsi que notre Constitution. Je m'arrête à cette application du principe que je viens de poser, parce qu'elle le met dans tout son jour. Il s'agit d'assurer la santé et la vie des habitants d'une grande ville; il faut percer des rues à travers des quartiers malsains, imposer des conditions pour les nouvelles constructions que l'on va élever. Si les propriétaires conservaient leur droit absolu, ils pourraient refuser de céder leurs biens. A ce droit la société oppose son droit, qui est aussi un devoir : veiller à la santé et à la vie des hommes. Ce droit-là l'emporte sur celui des propriétaires. Toutefois la société tient compte de leur intérêt; elle ne les dépouille point, elle les force seulement à lui céder leurs terres et leurs maisons, en les indemnisant. Celui qui est exproprié reçoit l'équivalent de ce qu'il perd, il ne sacrifie que ses goûts et ses convenances.

La société doit veiller non seulement à la vie physique des hommes, mais aussi à leur vie intellectuelle et morale : elle est tenue de leur distribuer l'instruction et l'éducation. Les écoles doivent être établies dans les divers quartiers des grandes villes afin de mettre l'instruction à

(1) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XXVI, chap. XV.

la portée de toutes les classes de la population. L'Etat a-t-il le droit d'exproprier pour l'établissement d'une école? Il y a des droits en conflit : le propriétaire oppose son droit, l'Etat invoque le droit des générations naissantes, et son devoir de leur procurer le pain de vie. Le droit privé du propriétaire doit céder devant le droit des générations entières, et devant le droit de la société qui est aussi une obligation.

Le code civil et notre Constitution se contentent de l'*utilité* pour légitimer l'expropriation; tandis que la Constitution de 1791, reproduite par celles de 93 et de l'an III, voulaient une *nécessité* publique qui exigeât *évidemment* l'expropriation. Je crois que ces termes étaient trop restrictifs. Si on les avait pris à la lettre, il n'y aurait jamais eu d'expropriation pour travaux publics, car il n'y a jamais de *nécessité évidente* qu'une rue ou une route passe par tel fonds plutôt que par un autre. Il suffit, pour justifier l'expropriation, que la société ait un *droit*, or l'*utilité publique* lui donne ce droit; et, dans le conflit du droit individuel et du droit social, celui-ci l'emporte.

Si une loi étrangère maintenait le principe restrictif des constitutions françaises, le propriétaire étranger pourrait-il s'en prévaloir en France pour s'opposer à l'expropriation? La négative est certaine. Le mot même d'*utilité publique* prouve qu'il s'agit d'un droit et d'un intérêt de la société; il en résulte que le statut est réel; or, le statut personnel de l'étranger cède devant le statut territorial, quand celui-ci est d'intérêt général, dans le sens que je viens d'expliquer (n° 267).

269. Pothier définit la propriété : « le droit de disposer d'une chose comme bon semble, sans donner atteinte aux *droits d'autrui* ni aux lois. » Le code civil ne reproduit pas la restriction concernant les *droits d'autrui* : faut-il en induire que le législateur français n'a pas admis la limitation que Pothier apporte au droit du propriétaire, en ce qui concerne les *droits des tiers?* Non certes : tout le monde est d'accord que cette restriction est de droit. Est-elle de droit public? forme-t-elle un statut réel ou un statut personnel? Je commence par préciser le principe.

Le droit du propriétaire n'est limité que lorsqu'il est en conflit avec le *droit* égal d'un autre propriétaire. Il ne suffit pas qu'en usant de son droit il cause un préjudice à un tiers, pour qu'il soit tenu de le réparer, il faut de plus qu'en usant de son *droit* il ait lésé le *droit* d'un voisin. J'élève un bâtiment sur mon héritage; par là je prive le voisin du jour qu'il en tirait, je lui cause donc un préjudice : dois-je le réparer? Non. Je construis sur mon fonds un four à chaux, qui envoie sur le fonds du voisin une fumée épaisse et incommode : suis-je tenu de réparer le dommage que je lui cause? Oui (1). Quelle est la raison de la différence? Dans la première hypothèse, j'use de mon droit sans léser un droit de mon voisin, puisque celui-ci n'avait aucun droit sur mon héritage. Dans la seconde hypothèse, mon voisin a droit à l'air, condition de santé et de vie; et je ne puis pas user de mon droit de manière à compromettre le droit au moins égal d'autrui : il y a conflit de droits, et par suite l'un limite nécessairement l'autre. On voit, par cet exemple, qu'il ne s'agit pas d'intérêts purement privés, quoiqu'il n'y ait que des individus en cause. Le droit à la pureté de l'air, condition de santé et de vie, est certainement un droit d'intérêt général. L'article 3 du code civil parle de *lois de police* qui obligent tous les habitants du territoire, et qui leur profitent aussi; or, par *police*, on entend l'intervention de l'Etat pour protéger les intérêts individuels; le plus considérable est celui de la santé et de la vie; à ce titre, la limitation de la propriété, qui a pour objet de sauvegarder la santé et la vie, est d'intérêt social. La conséquence en est qu'elle forme un statut réel.

J'ai cité un exemple pour expliquer la pensée de Pothier. La limitation de la propriété résultant des *droits d'autrui* a une portée beaucoup plus grande; elle s'applique à tous les cas où il y a un conflit de droit résultant de la propriété; ce conflit a pour conséquence de restreindre le droit absolu de propriété. Or, si la propriété, consi-

(1) Pothier, *Traité du domaine de propriété*, nos 4 et 13; *Introduction générale aux Coutumes*, nos 100 et 101; *Traité du contrat de société*, second appendice, nos 234, 241 et 245.

dérée comme pouvoir absolu est de droit public, les restrictions qu'elle est obligée de subir ont naturellement le même caractère, ce qui détermine la nature du statut.

« Le droit du propriétaire, dit Portalis, quelque étendu qu'il soit, comporte quelques limites que l'*état de société* rend indispensables. Vivant avec nos semblables, nous devons respecter *leurs droits*, comme ils doivent respecter les *nôtres;* sinon, continue l'orateur du gouvernement, *les liens de l'association commune seraient rompus* (1). » Si le conflit des droits résultant de la propriété peut compromettre les *liens de l'association commune*, cela prouve que les restrictions que subit la propriété ont pour objet de garantir l'existence même de la société. Il en faut conclure que ces limitations sont de droit public, et que, par suite, elles forment un statut réel.

270. L'application du principe n'est pas sans difficulté. En droit strict, chaque propriétaire pourrait s'opposer à ce que ses voisins envoient dans son fonds une fumée ou des exhalaisons quelconques, car il a droit à la pureté de l'air pour sa personne et pour ses biens; or, la fumée l'altère plus ou moins dans une certaine mesure. Que résulterait-il de l'application de ce droit absolu? C'est que l'existence des villes deviendrait impossible. Or les villes sont l'élément essentiel et la condition de la civilisation; et que serait une société sans culture matérielle, intellectuelle et morale? Dans notre état économique, la société ne se conçoit pas sans industrie, et l'industrie ne se conçoit pas sans l'emploi de la vapeur. De là cette noire et épaisse fumée qui sort des grandes cheminées de nos établissements industriels : c'est une nouvelle cause d'insalubrité et d'incommodité pour les voisins, et partant une nouvelle atteinte au droit de propriété. Il y a de petites industries qui, tout en étant incommodes à leurs premiers voisins, sont nécessaires aux habitants : que diraient-ils, s'ils ne trouvaient plus dans leur voisinage un serrurier ou un poêlier? En définitive, la coexistence des hommes amène des inconvénients qui sont inévitables et que, par consé

(1) Portalis, *Exposé des motifs*, n° 18 (Locré, t. IV, p. 80).

quent, chacun doit supporter. Ces obligations naissant du voisinage, quoique appartenant au droit privé, sont d'intérêt social et, en ce sens, de droit public; donc le statut qui règle les conflits de l'industrie et de la propriété est essentiellement réel et territorial.

Le conflit entre la propriété et l'industrie conduit à la nécessité de limitations, de transactions, d'accommodements réciproques. Le législateur s'est occupé des moyens de prévenir les incommodités, les dangers, l'insalubrité qui résultent des établissements industriels; ces lois sont de droit public, parce qu'elles ont pour objet de conserver la santé et la vie des hommes (1). Mais la législation ne met pas fin aux conflits, ce n'est qu'un accommodement; malgré les précautions prescrites par la loi, il arrive que les établissements autorisés ne laissent pas d'être incommodes, insalubres et dangereux. Dès lors, les voisins lésés dans leur droit de propriété doivent avoir une action en dommages-intérêts contre les auteurs du dommage. D'un autre côté, les industriels ont aussi droit à la sécurité qui leur est nécessaire pour se livrer à des entreprises qui exigent d'immenses capitaux, et dont l'existence pourrait être compromise par les réclamations incessantes des propriétaires voisins.

Où trouver une limite certaine qui établisse la paix et l'harmonie entre la propriété et l'industrie? En théorie, cela est impossible. C'est à la jurisprudence de concilier les droits contraires, en maintenant à la propriété les avantages qui y sont attachés, et sans lesquels elle n'aurait plus aucune valeur, mais de manière que l'industrie ne soit pas rendue impossible.

Je ne puis entrer ici dans les détails de la jurisprudence; je l'ai fait dans mes *Principes de droit civil* (2). Ce que je viens de dire suffit pour prouver le lien qui existe entre le droit privé et le droit public. Y a-t-il de plus grands intérêts pour la société que la propriété, sur laquelle reposent la coexistence des hommes et l'ordre politique? On en peut dire autant de l'industrie qui est une

(1) Voyez le décret du 15 octobre 1810.
(2) Voyez le t. VI de mes *Principes*, p. 197, nos 146 et suiv.

des faces les plus importantes de la vie, les hommes ayant pour mission le travail, dans sa plus large acception. On n'a qu'à lire les lois et les arrêtés sur les établissements incommodes, insalubres ou dangereux pour se convaincre que, dans cette matière, le droit public domine le droit privé. Ce sont de véritables lois de police qui, aux termes de l'article 3 du code Napoléon, obligent tous ceux qui habitent le territoire. L'industrie, c'est-à-dire le travail, est aussi de droit privé; les conventions auxquelles elle donne lieu sont toutes une dépendance de la législation civile. Mais dès qu'il y a conflit entre l'industrie et la propriété, le droit public intervient, et le statut devient réel ou territorial, tandis que, dans mon opinion, les lois d'intérêt privé dépendent du statut personnel. Cela prouve qu'il n'y a rien d'absolu dans notre science; les principes de droit ne sont point des formules mathématiques; ils régissent la vie, et il n'y a rien de plus ondoyant que la vie de l'homme, tout y est variable; les intérêts changent et se modifient à l'infini. Un seul et même rapport juridique peut appartenir au droit privé et au droit public : telles sont la propriété et l'industrie. Considérées au point de vue des intérêts privés, elles appartiennent au statut personnel; quand l'intérêt de la société est en cause, elles deviennent une dépendance du statut réel.

271. Il y a encore des lois relatives aux biens qui sont de droit public. Portalis, en expliquant les dispositions du Titre préliminaire relatives aux statuts, remarque que le souverain a le domaine éminent, ce qui signifie, dit-il, que la puissance publique a le droit de lever sur les biens des impôts proportionnés aux besoins publics. Dans ces cas, il y a un intérêt général en jeu; dès lors il est évident que la loi étend son empire sur tous les biens du territoire, comme sur toutes les personnes qui s'y trouvent : les étrangers sont soumis aux impôts comme les indigènes (1). L'application aux étrangers des lois qui établissent des impôts sur les valeurs mobilières et immobilières n'a jamais été contestée; les lois mêmes qui les créent, le

(1) Portalis, *Second Exposé des motifs du Titre préliminaire*, n° 14 (Locré, t. Ier, p. 304, édit. de Bruxelles).

disent, et les lois seraient muettes, que la décision ne serait point douteuse. L'Etat pourrait-il remplir sa mission, pourrait-il exister sans lever de contributions sur les biens? Il y a donc ici un intérêt de conservation qui constitue un droit pour la société, droit qui domine les droits des individus.

Ainsi les lois d'impôts sont réelles par excellence, et elles en ont par conséquent le caractère. Il y a une nombreuse jurisprudence sur ce point; la difficulté qui y a donné lieu est étrangère à ces Etudes; il me suffira de constater que si les lois d'impôts portent sur tous les biens situés en France, elles n'ont d'empire que sur le territoire du royaume, elles n'en ont aucun sur les biens situés à l'étranger, quand même ils dépendraient d'une succession ouverte en France; le fisc frappe, dans ce cas, les biens français, comme s'ils formaient une succession distincte(1).

SECTION IV. — Acquisition et transmission de la propriété.

§ Ier. — *L'accession.*

272. L'article 546 du code Napoléon porte : « La propriété d'une chose donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle *droit d'accession.* » L'article 547 applique ce principe aux fruits naturels et industriels; ils appartiennent, dit la loi, au propriétaire, par droit d'accession. L'article 551 reproduit le même principe : « Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire. »

La théorie du droit d'accession, comme titre d'acquisition, a été contestée. Je n'entre pas dans ce débat, qui est étranger au droit civil international. La seule question dont nous ayons à nous occuper est de savoir quelle est la nature du statut qui régit l'accession : est-il personnel ou réel?

273. D'après le droit traditionnel, la question n'en est

(1) Je me borne à citer l'arrêt rendu par la cour de cassation de France, chambres réunies le 11 novembre 1844 (Sirey, 1844, 1, 838).

pas une. L'article 3 du code Napoléon dit que les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française. Ce principe est absolu ; le motif que l'orateur du gouvernement a donné pour le justifier est également général, et ne comporte pas d'exception (n° 243). Cela est décisif. Si la propriété d'un immeuble situé en France s'étend à tout ce qui s'y unit et ce qui s'y incorpore, c'est en vertu de la loi territoriale. Le statut est réel; les étrangers peuvent l'invoquer, comme on peut l'invoquer contre eux; mais il ne régit pas les biens que les Français possèdent en pays étranger, ces biens sont soumis à la loi du lieu où ils sont situés.

Je ne me contente pas de cette décision matérielle; je demande la raison de la réalité. Portalis répond que c'est une question de souveraineté. Cette justification tient à une notion de la souveraineté qui n'est plus la nôtre. Les jurisconsultes italiens en ont cherché une autre. Esperson a écrit un beau livre sur la nationalité, qu'il considère comme la base du droit civil international; or la nationalité n'est autre chose que la personnalité telle qu'elle est déterminée par les causes physiques, intellectuelles, politiques, morales qui ont amené la division du genre humain en nations. C'est dire que le statut personnel domine dans la science, telle que l'auteur la conçoit. Toutefois quand il s'agit des biens considérés en eux-mêmes, sans aucun rapport avec les personnes qui les possèdent, donc de rapports juridiques purement réels, Esperson se prononce pour le statut territorial : l'organisme de la propriété dépend, dit-il, de la loi du lieu où les biens sont situés. Il entend par là l'intérêt territorial, qui est un intérêt général, puisque l'objet du législateur est de concilier les droits des propriétaires, ce qui est un bien public, lequel demande une égale distribution de la richesse (1). Je ne sais si ces considérations s'appliquent au droit d'accession. C'est un mode spécial d'acquérir la propriété; on le fonde sur la règle que l'accessoire suit le principal. Cette règle n'est pas particulière à la propriété, elle

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità, applicato alle relazioni civili internazionali*, p. 97 et 98.

a des applications nombreuses en droit, on ne peut donc pas dire qu'elle tienne à l'organisme de la propriété. On cherche vainement à donner un fondement rationnel à la réalité du droit d'accession, il n'y en a d'autre que la vieille maxime féodale, que toute coutume est réelle, c'est-à-dire souveraine.

274. Puisque, dans la théorie du code civil, le droit d'accession est fondé sur le rapport qui existe entre le principal et l'accessoire, il faut chercher, me semble-t-il, dans ce principe la nature du droit et du statut qui le régit. Les lois romaines posent comme principe que la terre d'alluvion a la même nature que le fonds auquel elle accède. Dumoulin exprime cette idée avec son énergie habituelle. « L'accroissement produit par l'alluvion, dit-il, n'est pas un terrain nouveau, c'est une partie de l'ancien. Les terres d'alluvion et l'ancien fonds se confondent et ont la même qualité (1). » On doit appliquer ce principe au statut. Il n'y a pas deux statuts, l'un pour la chose principale, l'autre pour la chose accessoire, il n'y en a qu'un, celui qui régit le principal : est-il réel, le statut de l'accession est aussi réel; tandis que la personnalité du statut qui régit le principal s'étend à l'accessoire.

Dans la doctrine qui considère comme personnels les statuts d'intérêt privé, on arrive à une conclusion différente. L'alluvion profite aux riverains, qu'il s'agisse d'une rivière navigable ou non, à la charge, dans le premier cas, de laisser le marchepied ou chemin de roulage, conformément aux règlements (art. 556). Qu'est-ce qu'il y a de réel dans cette disposition? La servitude de marchepied dépend de la loi du lieu où le marchepied s'exerce; cela est d'évidence, puisque cette servitude est d'utilité publique, elle grève les terres d'alluvion par la même raison pour laquelle elle grève le rivage. Abstraction faite de cette servitude, les terres d'alluvion sont une propriété ordinaire, sauf qu'elles sont acquises en vertu de la loi qui les attribue aux riverains comme propriétaires de la rive. Naît alors la question de savoir si toute acquisition

(1) Voyez les témoignages dans mes *Principes de droit civil*, t. VI, p. 382, notes 1 et 2.

faite en vertu de la loi forme un statut réel; j'y reviendrai. En ce qui concerne l'alluvion, on dit que les propriétés riveraines, soumises à des chances de perte par l'action des eaux, doivent aussi profiter de leur voisinage, si les eaux procurent aux riverains des alluvions (1). C'est donc comme protecteur des intérêts privés que le législateur établit le droit d'alluvion : ce motif est d'intérêt général, il se rattache au droit de police de l'Etat; en ce sens l'alluvion est de droit public. La conclusion est que le droit est réel; il appartiendrait à un étranger, quand même sa loi personnelle ne l'admettrait point.

275. Les îles qui se forment dans les rivières navigables appartiennent à l'Etat (art. 560). Pothier dit que c'est à titre d'accession, le lit étant propriété de l'Etat, les îles aussi doivent lui appartenir. Il en résulte que le statut de l'accession est réel; en effet, les îles, à titre d'accession, sont régies par la loi du principal; or le principal, le lit et la rivière qui le couvre appartiennent au domaine de l'Etat, dans l'intérêt de la navigation, intérêt public qui imprime à la loi le caractère de réalité.

Les îles qui se forment dans les rivières non navigables appartiennent aux propriétaires riverains (art. 561). Est-ce aussi à titre d'accession? La question est vivement controversée; comme il n'y a pas de principe certain sur la propriété de ces cours d'eau, il est difficile de décider si la nature du statut qui régit les îles dépend de l'accession ou d'une attribution légale, et on ne sait pas non plus quelle est la raison de cette attribution. Tout ce que l'on peut affirmer, c'est que l'intérêt public est ici hors de cause, puisque la rivière n'est pas navigable ni flottable. L'île est donc une propriété ordinaire créée par la loi; revient la question de savoir quelle est la nature du statut qui crée un droit de propriété.

§ II. — *La loi.*

276. La propriété peut s'acquérir par la loi, indépendamment de toute convention. Tel est le cas prévu par

(1) Portalis, *Exposé des motifs*, nos 21 et 22 (Locré, t. IV, p. 82.)

l'article 305 du code Napoléon : « Dans le cas de divorce par consentement mutuel, la propriété de la moitié des biens de chacun des deux époux sera acquise *de plein droit*, du jour de leur première déclaration, aux enfants nés de leur mariage. »

L'article 385 établit un usufruit au profit des père et mère : « Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. »

L'article 563 prévoit encore un cas dans lequel la propriété est acquise par la loi : « Si une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé. »

Je ne cite pas le cas le plus fréquent dans lequel la propriété se transmet par l'effet de la loi, la succession *ab intestat*, que l'on appelle aussi *légitime*, parce qu'elle est réglée par la loi. Dans le système du code Napoléon, la succession *ab intestat* est le testament présumé du défunt, ce qui implique une volonté tacite de l'homme, tandis que, dans les autres cas où la propriété s'acquiert en vertu de la loi, la volonté de l'homme ne joue aucun rôle.

On a aussi rapporté à une volonté tacite l'hypothèque légale; en droit romain, on l'appelle gage tacite (1). En droit français, cela n'est pas exact; le code civil (art. 2117) et la loi hypothécaire belge (art. 44) disent que l'hypothèque légale est celle qui résulte de la *loi*. La loi l'accorde à des personnes qui ne sont pas même capables de volonté : tels sont les interdits, les aliénés colloqués dans un hospice, les enfants, les personnes dites civiles.

277. On demande quelle est la loi qui règle l'acquisition de la propriété dans les divers cas où elle s'acquiert

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 317, nos 226.

de plein droit, sans aucun fait de l'homme. Story répond, sans hésiter (c'est son expression), que c'est la loi du lieu où les biens sont situés, donc l'acquisition dépend du statut réel (1). Dans le système traditionnel des statuts, cela est très logique. Les biens immeubles, et ce n'est que de ceux-là qu'il s'agit, composent le territoire sur lequel l'Etat exerce sa puissance souveraine; or la souveraineté est essentiellement territoriale; dès lors le législateur du territoire a seul le droit de disposer du sol. Permettre à une loi étrangère de disposer d'un immeuble situé en France, ce serait lui permettre d'y faire acte de souveraineté; ce serait donc diviser, morceler la souveraineté française, ce qui est une hérésie en matière de droit et de politique.

La doctrine de la souveraineté territoriale, telle que les statutaires la comprenaient, a été exposée par Portalis, dans son discours sur le Titre préliminaire du code Napoléon. Est-ce à dire que ce soit la théorie légale? Ce serait donner aux discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat une autorité qu'ils n'ont point. Ces discours sont une œuvre purement individuelle. Portalis a exprimé sa pensée sur la souveraineté en expliquant l'article 3 du code civil; cette théorie n'a pas été sanctionnée par le Corps législatif, elle est restée une opinion qui n'a d'autorité que celle qu'elle puiserait dans la tradition. Or, la maxime, que toute coutume est réelle, c'est-à-dire souveraine, avait subi bien des modifications dans l'ancien droit; la personnalité avait conquis une place dans la doctrine et cette place devenait tous les jours plus grande. C'est dire que la théorie de la souveraineté allait en se modifiant ainsi que celle des statuts qui en est une dépendance. Dans nos idées modernes, la souveraineté ne consiste plus dans l'empire que la loi exerce sur les immeubles, elle a pour mission de diriger les intérêts généraux de la société, en abandonnant aux individus le règlement de leurs intérêts privés, ce qui leur permet d'invoquer leur loi personnelle ou nationale, dans tous les cas où le droit de la société n'est point en cause.

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 569, § 448.

278. Si l'on examine de ce point de vue le statut qui doit régir l'acquisition de la propriété en vertu de la loi, on aboutit à une conséquence moins absolue que celle que Story a formulée comme un axiome. J'ai déjà rencontré, dans le cours de ces Etudes, un cas dans lequel la propriété s'acquiert par la loi, c'est l'usufruit des père et mère, et j'ai soutenu, en m'appuyant sur la tradition, que la jouissance attribuée aux père et mère à raison de la puissance paternelle dépend du statut personnel qui règle cette puissance. Nous allons rencontrer une question analogue, celle de savoir si l'hypothèque légale dépend du statut de la situation des biens, ou si elle est une dépendance de l'état des personnes; pour la décider en faveur de la personnalité, on peut invoquer l'esprit de la loi belge. C'est un fait considérable. On invoque la souveraineté territoriale pour en induire la réalité du statut qui attribue soit la propriété d'un immeuble, soit un droit réel immobilier; et voilà un législateur qui déclare que l'hypothèque légale des incapables dépend, non de la loi du territoire où les biens sont situés, mais de la loi personnelle des incapables au profit desquels la loi l'établit. Preuve convaincante que la notion de la souveraineté a changé.

279. N'en serait-il pas de même des biens que le code Napoléon attribue aux enfants des époux divorcés par consentement mutuel? Dans la doctrine de Story, il faudrait répondre que cette attribution dépend de la loi du lieu où les biens sont situés. Il faut voir avant tout pourquoi la loi attribue la moitié des biens des époux aux enfants nés du mariage qu'ils vont rompre? Est-ce pour faire acte de souveraineté sur les biens situés en France? Non, certes. La loi veut s'assurer qu'il existe une cause sérieuse pour rompre le mariage, cause que les époux veulent cacher, mais qui est si grave qu'ils se décident à perdre la moitié de leurs biens pour rompre des liens qui de fait sont rompus par le crime. Quel rapport y a-t-il entre cette considération et la situation des biens? Ce n'est pas tout. Le divorce ne dépend-il pas de la loi personnelle des époux? et n'en faut-il pas dire autant des effets qu'il produit? Il est certain que l'effet attaché par

l'article 305 au divorce par consentement mutuel doit s'étendre à tous les biens que les époux possèdent, quelle que soit leur situation, sinon la loi devient absurde. Des époux belges divorcent en Belgique, par consentement mutuel; leurs biens sont situés en Allemagne, où le divorce par consentement mutuel n'existe point; il en résultera que les enfants n'auront aucun droit sur les biens de leurs père et mère, et par suite que le divorce par consentement mutuel n'aura pas le caractère que la loi entend lui donner. La condition établie par la loi personnelle des époux a par cela même un caractère personnel, indépendant de la situation des biens; elle doit donc avoir effet partout.

280. On voit par cet exemple combien la doctrine réaliste est mécanique; elle s'attache au sol; c'est la terre qui gouverne les hommes, même leurs relations les plus personnelles. Je rappellerai aux réalistes du dix-neuvième siècle ce que disait un glossateur du moyen âge : l'homme est plus précieux que la terre. Ce n'est pas à dire que tout statut soit personnel. La souveraineté a aussi son rôle dans le développement de l'humanité; partant la société a ses droits, auxquels les droits des individus sont subordonnés; c'est dire que, dans ce cas, le statut personnel cède devant le statut territorial. Ce principe, universellement admis, reçoit son application à la question que je discute : l'acquisition de la propriété par le seul effet de la loi dépendra du statut territorial, quand celui-ci concerne les droits de la société, ou, comme on disait dans la doctrine traditionnelle, quand les biens sont seuls en cause, sans mélange de personnalité. Tel est le cas prévu par l'article 563 du code civil. Une rivière abandonne son ancien lit pour se former un nouveau cours; cela est indépendant du fait de l'homme, tout est réel dans le changement de propriété qui va s'opérer. Le nouveau lit, s'il s'agit d'une rivière navigable, deviendra la propriété de l'Etat, il fera partie du domaine public. Quand un particulier est exproprié au profit de l'Etat, il reçoit une indemnité. Dans l'espèce, ce n'est pas l'Etat qui exproprie, c'est la nature; toujours est-il que l'Etat en profite; il est

juste qu'il en tienne compte au propriétaire dont les terres sont envahies par les eaux; le législateur lui donne, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné. Voilà la base d'un statut réel : qu'il profite à l'étranger aussi bien qu'à l'indigène, on n'en saurait douter; et il n'est pas douteux non plus que ce statut ne dépasse pas les limites du territoire.

281. L'application du principe que je viens d'établir donne lieu à de grandes difficultés dans la matière du contrat de mariage. J'ai, à plusieurs reprises, discuté la question de savoir si les conventions matrimoniales tacites dépendent de la volonté des époux ou de la loi. La communauté dite légale amène à sa suite des mutations de propriété, des acquisitions sous le nom d'acquêts, tandis que les époux abdiquent leur fortune mobilière, présente et future, à la société de biens qui s'établit entre eux. Est-ce la loi de la situation des biens qui règle ces effets, ou est-ce la loi personnelle des époux? Dumoulin se prononça pour le statut personnel, et son opinion l'emporta, malgré la rude opposition que lui fit d'Argentré. La théorie des conventions tacites était grosse de conséquences, mais aussi de difficultés. Fallait-il l'appliquer aux avantages matrimoniaux que les coutumes établissaient au profit de l'époux survivant, et surtout au profit de la femme? C'était l'avis de Bouhier, mais les autres statutaires, Boullenois surtout, répugnaient à cet envahissement de la personnalité : qu'allait devenir l'autorité territoriale des *sacrées* coutumes? Il faut avouer que les motifs de douter ne manquaient point. De la communauté on pouvait dire avec certitude qu'elle s'était établie par la volonté des époux, et elle découle si naturellement de l'union des personnes, que l'on doit admettre que leur volonté est d'unir leurs intérêts, comme ils unissent leurs âmes. En est-il de même des avantages matrimoniaux? Ici il est difficile d'établir une règle universelle. Il y a tel avantage qui dépend des conventions plutôt que de la loi. Tel est le douaire de la veuve : quoi de plus naturel que de lui assurer, si elle survit, la situation de fortune qu'elle avait pendant le mariage? On n'en peut dire autant de la

part que les coutumes accordaient au mari dans la dot de la femme. Cet avantage est légal plutôt que conventionnel (1).

Je n'entre pas dans le détail de cette matière, parce que j'en ai déjà parlé; puis elle a perdu de son importance dans le droit français qui forme l'objet spécial de ces Etudes; le code civil n'a pas maintenu le douaire de la veuve, il ne donne au mari aucune part dans la dot de la femme. Si l'un des époux a des avantages matrimoniaux, il les tient des conventions matrimoniales, ce qui les rend conventionnels, et les conventions étendent leur empire partout, sans avoir égard à la situation des biens.

§ III. — *Les conventions.*

282. L'article 1138 pose le principe que la propriété se transfère par l'effet des conventions, encore que la tradition de la chose n'ait pas été faite. L'article 1583 applique ce principe à la vente : « La vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur, à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, encore que la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. » Quelle est la nature du statut qui attache la translation de la propriété à la convention, tandis que dans l'ancien droit on suivait le principe romain d'après lequel la propriété se transmet et s'acquiert, non par les contrats, mais par la tradition? Fœlix répond que le statut est réel. C'est la loi de la situation de l'immeuble qui décide la question de savoir si la propriété de l'immeuble passe à l'acquéreur par le seul consentement des parties contractantes, où s'il faut une tradition réelle et des actes de prise de possession de fait; s'il faut ou non une transcription de l'acte d'aliénation sur des registres publics, ou s'il est besoin, pour la validité de l'acte, d'une confirmation judiciaire (2).

Fœlix confond deux ordres d'idées qu'il importe de

(1) Comparez Story qui expose les opinions diverses des anciens statutaires (*Conflict of laws*, p. 569 et suiv., 7e édit.).

(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 230, no 97 (4e édit.).

distinguer, la transmission de la propriété entre les parties et la translation de la propriété à l'égard des tiers. L'article 1583 implique cette distinction, et l'article 1140 la suppose. Lors de la discussion de l'article 1138, l'on n'était pas parvenu à s'entendre, au conseil d'Etat, sur le point de savoir s'il fallait maintenir la transcription ; la question fut ajournée. Je dirai plus loin comment elle a été résolue. Pour le moment je demande quelle est la nature du statut, tel qu'il est formulé par l'article 1583 : la translation de la propriété entre les parties, par l'effet des contrats, dépend-elle du statut réel, comme le dit Fœlix, ou du statut personnel? L'opinion de Fœlix est suivie par tous les auteurs; les jurisconsultes italiens (1) sont d'accord avec les interprètes du code Napoléon. Et au point de vue de la tradition, il ne saurait y avoir de doute. D'Argentré s'exprime avec une certitude absolue. Il y a des lois diverses dans les différents pays sur la manière d'acquérir et de transmettre la propriété des immeubles : « La règle la plus certaine (2) veut que l'on observe la loi du lieu où ils sont situés; aucune autre loi, sauf celle du territoire, ne peut régir les immeubles; il en est ainsi dans les contrats et dans les testaments; la volonté des parties n'est jamais prise en considération. » Telle paraît aussi être la règle établie par le code civil : « Les immeubles sont régis par la loi française » (art. 3).

283. La question change quand on se place sur le terrain des principes. Je suppose que les parties seules sont en cause; il s'agit de savoir si l'acheteur est devenu propriétaire à l'égard du vendeur, aucun tiers n'est intéressé dans ce débat. Est-ce le cas de dire que la loi du territoire décidera si l'acheteur est devenu propriétaire? Par cela seul que les tiers sont sans intérêt, le droit de la société n'est pas engagé, et s'il n'y a pas d'intérêt général à sauvegarder, peut-on dire que la souveraineté territoriale exige que l'on applique la loi du territoire? La puissance souveraine n'intervient pas dans le règlement des

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 288, n° 205.
(2) « *Certissima usu observatio est.* » *Ad consuetudines Britanniæ*, art. 218, Glos. VI, n° 3.

intérêts privés, pour le seul plaisir de faire acte d'autorité, il faut qu'elle ait un motif pour agir, et quel serait ce motif quand le propriétaire d'un immeuble le vend à un acheteur, les deux parties étant étrangères? On suppose que d'après leur loi personnelle la propriété, entre parties, n'est transférée que par la tradition; dès lors telle sera aussi l'intention des contractants; il y a donc une volonté tacite qui tient lieu de convention. Des Français pourraient convenir que la propriété de l'immeuble ne sera transmise que lors de la délivrance, et par la tradition : pourquoi ne permettrait-on pas à des étrangers de faire ce que des Français ont le droit de faire? On dira que l'article 3 du code Napoléon s'y oppose. N'est-ce pas donner à l'article 3 une portée qu'il n'a point? La question que je discute ne pouvait pas se présenter dans l'ancien droit, puisque la nécessité de la tradition pour la translation de la propriété était universellement admise. Toujours est-il que les statutaires ne donnaient pas au statut réel la signification qu'on veut lui donner aujourd'hui. Je rappellerai des autorités que j'ai citées dans la matière des successions. Quand la loi seule agit, disait Masuer, le statut de la situation doit être appliqué, et il l'emporte dans ce cas, sur le statut personnel; il n'en est pas de même quand la volonté de l'homme dispose; alors le statut est personnel. Or, dans l'espèce, la question est de savoir si les contractants peuvent déroger au principe en vertu duquel la propriété se transmet par le seul effet du contrat. L'affirmative est certaine. Et quand deux étrangers contractent, ne doit-on pas admettre qu'ils entendent suivre leur loi nationale qu'ils connaissent, de préférence à la loi française qu'ils ignorent? La loi suppose que les parties veulent transférer la propriété par la seule force du contrat, sans tradition, et elle donne effet à cette volonté. Mais le code ne dit pas que les parties ne peuvent pas vouloir autre chose; or, la règle est que les contractants peuvent faire tout ce qui n'est pas contraire à l'ordre public et à l'intérêt général. Cela me paraît décisif.

L'auteur le plus récent qui a traité cette question, M. Barde, avoue qu'en théorie, et au point de vue ration-

nel, il importerait peu que la propriété d'un immeuble français, vendu par un étranger à un autre étranger, se transmette par la tradition ou par le seul consentement. Si cela importe peu, pour mieux dire, si cela n'importe pas du tout, si cela est indifférent à la souveraineté française, pourquoi veut-on que la loi soit réelle? Suffit-il qu'elle ait pour objet un immeuble? M. Barde répond que la loi est telle et que l'interprète ne peut pas la changer (1). Sans doute, s'il était vrai que la loi étrangère eût une action directe sur le territoire français, il faudrait l'écarter; mais, dans l'espèce, ce n'est pas la *loi étrangère* qui agit, c'est la volonté des contractants, et dans une matière où, comme le dit l'article 1387, les parties sont libres de faire telles conventions qu'ils jugent à propos, puisque leur seul intérêt est en cause.

284. J'ai supposé que l'intérêt des parties est seul en jeu. Dès qu'il y a une loi d'intérêt général régissant les immeubles, cette loi forme un statut réel, qui l'emporte sur la loi personnelle de l'étranger et sur sa volonté. Le statut anglais des fraudes veut que l'aliénation des immeubles soit constatée par un écrit scellé. C'est une condition requise pour la validité et même pour l'existence de la vente. Le titre du statut en dit la raison, le législateur a voulu prévenir la fraude; la loi est par cela même d'ordre public, et elle domine toute loi étrangère. Si des Français faisaient en France une vente verbale d'un immeuble situé en Angleterre, la vente, dit Story, serait entièrement nulle (*void*), elle n'y aurait aucun effet, pas même entre les parties. La forme est d'intérêt général, la volonté des parties ne saurait y déroger; et, par suite, la loi personnelle des contractants ne pourrait être invoquée contre la loi territoriale (2).

Il n'y a aucun rapport entre cette espèce et celle que je viens de discuter. La règle qui admet la translation de la propriété par le seul effet du contrat n'est pas établie dans un intérêt public; si le législateur français a rejeté la tradition, c'est qu'il l'a jugée inutile; il a consacré un

(1) Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 99-102.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 449, §§ 363 et 364.

principe de droit naturel, mais ce principe, qui donne à la volonté la force de transférer la propriété, n'a rien de commun avec l'ordre public. On comprend donc que les parties y puissent déroger en maintenant la nécessité de la tradition; tant que la convention n'est pas contraire à l'ordre public, le législateur laisse pleine liberté aux parties contractantes; donc rien n'empêche que celles-ci suivent leur loi personnelle. Il en est tout autrement du statut des fraudes ; il est prohibitif, et la prohibition est d'ordre public. Cela exclut toute convention contraire et toute loi étrangère : conçoit-on que la loi française valide la vente verbale d'un immeuble situé en Angleterre, alors que la loi anglaise la déclare radicalement nulle (*utterly void*), pour prévenir la fraude?

285. D'après le code Napoléon, la règle que la propriété se transfère par le seul effet du contrat s'applique non seulement entre les parties, mais aussi à l'égard des tiers. Au moment où le code civil fut discuté, la transcription était requise pour que la propriété des immeubles fût transmise à l'égard des tiers. La section de législation du conseil d'Etat proposa de maintenir la transcription, et le conseil l'admit en principe; il n'y avait de dissentiment que sur des détails de rédaction. Le projet fut renvoyé à la section, et ne reparut plus, de sorte que la publicité fut abolie sans qu'il y ait eu un vote et sans que l'on sache comment se fit cette révolution importante. On a dit que cela s'appelait *escamoter* les lois et non les discuter (1). Il est certain que la clandestinité est un système déplorable, si l'on peut donner le nom de système à un oubli, à un malentendu, ou à je ne sais quoi. L'économie politique nous dit que la loi doit favoriser la circulation des biens. Or, la clandestinité entrave la circulation. Dupin a dit en portant la parole devant la cour de cassation : « Celui qui achète n'est pas sûr d'être propriétaire, celui qui paye, de n'être pas obligé de payer une seconde fois, et celui qui prête n'est pas sûr d'être remboursé. » La clandestinité n'est pas un principe, c'est un vice.

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XVI, p. 425, n° 360.

286. La loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 a rétabli la transcription; et une loi du 23 mars 1855 l'a introduite en France. Chose remarquable! La publicité existait dans nos anciennes coutumes belgiques, sous forme de nantissement, ou de réalisation faite en justice. C'est une histoire merveilleuse que celle de la publicité coutumière; j'en dois dire un mot (1). Les premières origines remontent à la tradition germanique et à la saisine féodale. Ainsi les Barbares et la féodalité ont introduit une garantie dont les jurisconsultes romains n'avaient pas le soupçon. Certes les Germains ne songeaient point au crédit quand ils entouraient la transmission des biens d'une certaine publicité, et les barons féodaux pas davantage. Cependant la filiation est incontestable. Si la barbarie germanique et la violence féodale nous ont donné la publicité que le droit romain ignorait, cela ne prouve pas que la sauvagerie soit supérieure à la civilisation et à la science incomparable des jurisconsultes de Rome; mais cela prouve qu'il y a un autre élément dans la vie de l'humanité que l'imperfection des hommes, c'est la main de Dieu qui dirige leur destinée. Dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, j'ai montré à chaque page l'action de Dieu et de sa providence; je suis heureux de la signaler dans l'histoire du droit.

J'appelle encore l'attention sur un fait qui se rattache à notre science. La publicité était en germe dans les institutions germaniques et féodales; pourquoi s'est-elle développée dans les provinces belgiques plutôt que dans la France coutumière? Nos coutumes étaient féodales par excellence, mais c'est l'élément de la liberté qui régnait dans nos cités commerçantes et industrielles. Les besoins du commerce exigent une entière sécurité dans les transactions de la vie civile; la publicité leur donna satisfaction. Cela prouve aussi que tout, en cette matière, est d'intérêt social, et partant le statut de la transcription est réel par excellence. Sur ce point, on ne peut invoquer la tradition française, puisque, sous l'ancien régime, la clan-

(1) Voyez les détails dans mes *Principes de droit civil*, t. XIX, p. 17, § II.

destinité régnait dans toute la France. Cependant le principe sur lequel repose la réalité doit recevoir son application. Si les coutumes étaient réelles, c'est qu'elles étaient souveraines. Dès que la souveraineté a conscience d'elle-même, elle se donne pour mission de diriger les intérêts généraux de la société; et il n'y a pas d'intérêt plus capital que le développement de la richesse publique, non pas que la richesse soit le but, mais la richesse est un moyen indispensable du perfectionnement social.

287. L'article 1er de la loi hypothécaire belge (16 décembre 1851) porte : « Tous actes entre-vifs, à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers seront transcrits. » Les testaments et les successions ne sont pas soumis à la transcription; telle était aussi la règle des coutumes de nantissement. Pour les successions, le système de publicité par la transcription est impossible, la propriété des biens du défunt passant de plein droit, dès l'instant de la mort, à l'héritier, sans acte aucun, et même sans une manifestation de volonté. Quant aux testaments, la nécessité de les transcrire aurait été un danger pour le légataire, l'héritier nanti de l'acte pouvant aliéner les biens légués, avant que le légataire ait pu requérir la transcription.

Les actes entre-vifs doivent être transcrits, sans distinguer s'ils sont à titre onéreux ou à titre gratuit. La publicité est prescrite pour tous les droits réels immobiliers, donc pour des démembrements de la propriété aussi bien que pour la propriété entière, servitudes réelles ou personnelles, usage, habitation, emphytéose et superficie. Notre loi hypothécaire ne s'applique pas aux droits réels mobiliers; la rapidité des transactions commerciales ne comporte pas les lentes formes de la transcription. La possession qui assure le droit de l'acquéreur de bonne foi donne une espèce de publicité aux mutations mobilières.

Il va sans dire que le principe de la transcription forme un statut réel. C'est le cas d'appliquer l'article 3 du code civil; les immeubles sont régis par la loi de la situation, sans distinguer s'ils sont possédés par un étranger ou par un indigène. Entre parties, la vente serait parfaite, dans

mon opinion, en vertu de la loi personnelle des contractants; à l'égard des tiers, les étrangers ne deviennent propriétaires que par la transcription, quand même leur loi personnelle ne l'exigerait pas: l'intérêt public du pays de la situation l'exige, et cet intérêt domine le statut personnel. Par contre, les Français ou Belges qui acquerraient des biens dans un pays dont la loi ne prescrit point la publicité deviendraient propriétaires à l'égard des tiers, la loi qui ordonne la transcription n'ayant aucun effet hors du territoire.

La loi belge de 1851 étend la nécessité de la transcription aux actes *déclaratifs* de droits réels immobiliers, c'est-à-dire aux partages, tandis que, d'après la loi française du 23 mars 1855, les partages ne doivent pas être transcrits. Il est certain que les tiers sont intéressés à connaître le fait du partage, puisque les droits des héritiers sont tout différents pendant l'indivision et après que l'indivision a cessé: avant le partage, ils sont copropriétaires et peuvent disposer des biens indivis pour leur part héréditaire; quand le partage est consommé, chaque héritier ne peut plus disposer que des biens compris dans son lot. Il suit de là que si une succession comprend des immeubles situés en France et en Belgique, le partage devra être transcrit en Belgique, sinon les héritiers seront considérés comme étant encore en indivision; tandis qu'en France et pour les biens français, le partage non transcrit pourrait être opposé aux tiers, les copartageants n'ayant plus de droit que leur part divisée.

Sont encore soumis à la transcription les baux excédant neuf années ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer. Les baux ne donnent pas aux preneurs un droit réel; mais, en vertu de l'article 1743 du code civil, le bail qui a date certaine doit être respecté par l'acquéreur; celui-ci a donc le plus grand intérêt à le connaître, et il y est encore intéressé quand le preneur a payé anticipativement les loyers ou fermages. A la rigueur, tous les baux devraient être transcrits, quelle que soit leur durée, et quel que soit le payement anticipatif fait par le preneur. Mais cette rigueur serait une grande gêne pour les parties

intéressées, et, d'un autre côté, la publicité n'est pas absolument indispensable pour avertir les tiers de l'existence d'un bail ordinaire de neuf ans ou des payements anticipatifs qu'il est d'usage de faire. Quand il y a conflit de droits et d'intérêts, le législateur cherche à les concilier en leur imposant des restrictions réciproques. Voilà pourquoi la loi n'annule pas les baux de plus de neuf ans, quoiqu'ils ne soient pas transcrits; on peut les opposer aux tiers, mais seulement pour une période de neuf années, à laquelle les tiers ont dû s'attendre.

Le statut de la transcription des baux est réel. En effet, elle est prescrite dans l'intérêt des tiers acheteurs et des tiers créanciers; elle est par cela même d'intérêt général; or, c'est parce que la société y est intéressée que le statut oblige tous les habitants du territoire, les étrangers comme les naturels du pays. On voit que le motif qui rend le statut réel ne tient pas à la souveraineté territoriale, telle qu'on l'entendait jadis; la loi oblige tous les habitants du territoire, non parce que le bail a pour objet un immeuble, mais parce qu'il intéresse les tiers. Preuve que, dans l'application de l'article 3, il faut tenir compte de la notion de la souveraineté, telle qu'elle se modifie insensiblement avec les progrès de la civilisation.

§ IV. — *La revendication.*

288. Les auteurs rangent la revendication parmi les statuts réels, sans discuter la question, comme s'il s'agissait d'un axiome (1). Au moins faudrait-il dire pourquoi il est réel. En droit moderne, l'action ne diffère pas du droit. Si le droit est personnel, il restera personnel, quand il sera exercé en justice. Or, j'ai émis l'opinion (n° 283) que la transmission de la propriété entre les parties dépend du statut personnel, en ce sens que l'autonomie des parties décide comment la propriété se transmet et s'acquiert. Donc si l'acheteur agit contre le vendeur, le juge devra appliquer la loi personnelle des contractants, sur le point

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 282, § 201.

de savoir qui est propriétaire. S'il reconnaît l'existence d'un contrat entre les parties, c'est cette convention expresse ou tacite qui réglera les droits et les obligations du vendeur et de l'acheteur. La loi de la situation est hors de cause.

Il en est autrement si le propriétaire revendique sa chose contre le tiers possesseur. C'est l'action en revendication proprement dite. Le demandeur n'agit point en vertu d'un contrat, il agit en vertu du droit qu'il a dans la chose; le défendeur ne lui oppose pas un contrat, il excipe du droit qu'il prétend avoir à la chose, soit la propriété, s'il a usucapé, soit la possession et les droits qui y sont attachés. L'usucapion est essentiellement d'intérêt social; le procès roulera, dans ce cas, sur les conditions requises par le statut territorial pour qu'il y ait prescription acquisitive. Je renvoie à l'Etude que je consacrerai à cette difficile matière. Si le défendeur n'a pas usucapé et si le demandeur établit son droit de propriété, les rapports entre le propriétaire et le possesseur seront encore régis par le statut réel. En effet il s'agit de savoir quels droits sont attachés à la possession; or la possession est un simple fait qui n'engendre des droits qu'en vertu de la loi territoriale, comme je l'ai dit ici même (n°s 255-260). En ce sens l'action en revendication est réelle.

289. Celui qui agit en revendication doit prouver son droit de propriété. Il n'y a pas de preuve plus difficile. Les personnes étrangères à l'étude du droit croient qu'il suffit de produire le titre en vertu duquel le demandeur est devenu propriétaire. Il n'en est rien. Si j'achète un immeuble, je n'en deviens propriétaire que sous la condition que mon vendeur en ait eu la propriété; je dois donc prouver que l'auteur de mon auteur était propriétaire, et ainsi de suite, en remontant d'un vendeur à l'autre, jusqu'à ce que j'arrive à établir mon droit par la prescription; la prescription est, en définitive, le seul moyen de prouver la propriété.

Le droit romain venait au secours du revendiquant en lui accordant l'action appelée *publicienne*. On entendait par là l'action par laquelle une personne, ayant acquis

une chose par tradition et en vertu d'une juste cause, pouvait la revendiquer, comme si l'usucapion était déjà établie, bien qu'elle fût seulement commencée. La publicienne existe-t-elle encore en droit français? A mon avis, non. Il suffit de lire la définition que j'ai empruntée aux Institutes de Justinien pour se convaincre que cette action repose sur une fiction; on feint que la prescription est accomplie, alors qu'elle ne l'est point; or la loi seule peut créer une propriété fictive et la munir d'une action. Vainement invoque-t-on l'équité; l'équité ne suffit point pour créer des fictions et des actions. Le possesseur doit obtenir gain de cause, dès que le demandeur ne prouve pas sa propriété, et il ne la prouve pas tant qu'il n'a pas accompli la prescription. Il suit de là que le demandeur étranger, qui revendique, ne pourrait pas se prévaloir de la publicienne, car il n'appartient pas à la loi étrangère de créer une propriété fictive en France; le législateur territorial peut seul donner à celui qui a commencé à usucaper, une action contre le possesseur (1).

290. Si l'on admet le principe que la revendication dépend du statut réel, il faut en conclure que les droits et obligations du revendiquant et du tiers possesseur sont réglés par la loi du lieu de la situation (2). Il y a sous ce rapport des différences entre le droit français et le droit romain; le juge devra appliquer aux parties, fussent-elles étrangères, la loi française, si les immeubles sont situés en France. D'après le droit traditionnel, cela n'est pas douteux, et la tradition est en harmonie avec les principes de notre science, puisqu'il s'agit de déterminer les effets de la possession quand elle est en conflit avec la propriété. C'est une question d'intérêt général, qui est indépendante de la nationalité du propriétaire et du possesseur : le statut de la situation l'emporte, dans ce cas, sur le statut personnel.

J'ai dit, en traitant de la possession, quels sont les droits respectifs des parties en ce qui concerne les fruits et les

(1) La question est controversée. Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VI, nos 156 et 169.

(2) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 212, suiv.

constructions. Restent les impenses. On entend par là les travaux faits par le possesseur de l'héritage pour conserver, améliorer ou embellir l'immeuble, sans qu'il y ait des constructions nouvelles. Il n'y a aucun doute pour les impenses nécessaires qui conservent la chose; le propriétaire aurait dû les faire, il s'enrichit donc du montant de la dépense, partant, l'équité l'oblige de la restituer au possesseur. Quant aux impenses utiles qui ont pour but et pour effet d'améliorer la chose, on distingue. Le possesseur de bonne foi doit être indemnisé par le propriétaire revendiquant, jusqu'à concurrence de la plus-value que la chose a acquise lors de la restitution qui en est faite; car le revendiquant ne s'enrichit que de cette somme. Quant au possesseur de mauvaise foi, le droit romain lui refusait toute action. En droit français, on a toujours considéré l'équité, en donnant au juge le droit de décider d'après les circonstances de la cause. Le possesseur étranger, quoique le droit romain soit sa loi personnelle, pourrait invoquer l'équité, la possession étant territoriale de son essence.

291. Dans le cas où le possesseur a droit à une indemnité à raison des constructions ou des impenses qu'il a faites, naît la question de savoir s'il jouit du droit de retenir la possession, comme garantie de son recours En droit romain, on décidait que le propriétaire ne pouvait obliger le possesseur à lui délaisser l'héritage, s'il n'avait payé au préalable l'indemnité qu'il lui devait. Les ordonnances des rois de France consacraient formellement ce droit de rétention. Dans le silence du code, il est impossible de l'admettre, car le droit de rétention est une cause de préférence sur tous les autres créanciers; or il n'y a pas de cause de préférence sans texte (1). Si donc le possesseur est étranger et régi par la loi romaine, il ne pourra pas réclamer le droit de rétention; les priviléges sont territoriaux de leur essence.

(1) La question est très controversée. Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VI, n° 181.

SECTION V. — Les droits réels.

§ Ier. — *Le principe.*

292. Savigny pose comme principe que les droits réels dépendent du statut de la situation des choses dans lesquelles ils s'exercent. Cela résulte, dit-il, de la nature même de ces droits; on ne peut les exercer que là où la chose est située ; c'est là qu'est le siége du fait juridique, c'est donc la loi de ce lieu qui détermine les conditions et les effets du droit. Cette considération n'est-elle pas trop matérielle? Dire que l'espace gouverne le droit, n'est-ce pas tout réaliser, puisque les droits relatifs aux biens aboutissent toujours à une chose qui occupe une place dans l'espace. Est-ce que l'homme, sa pensée, sa volonté, ne joue pas un rôle dans tout rapport juridique? Donc il est impossible de faire abstraction complète de la personnalité humaine. Je viens d'appliquer ce principe à la propriété, le plus considérable des droits réels, puisque les autres n'en sont qu'un démembrement.

Savigny ajoute une autre considération. Celui qui veut acquérir et exercer un droit dans une chose se rend là où la chose se trouve, et se soumet par là à la loi qui règne au lieu de la situation. Il en est de la loi qui régit les droits réels, comme de celle qui gouverne la personne. Dans l'un et l'autre cas, il y a soumission volontaire, soit à la loi de la situation, soit à la loi du domicile (1). Cette doctrine me laisse bien des doutes. Elle me paraît en opposition avec l'essence même de la loi. Le législateur commande, il prohibe, et obéissance est due à ses défenses et à ses ordres par tous ceux auxquels il a droit de commander : la soumission de l'homme à la loi n'est jamais volontaire, elle est nécessaire. Cela est certain des lois que nous appelons personnelles. Le code civil le dit : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger » (art. 3).

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 169, § 366, II.

La loi nationale s'impose donc à la personne, elle n'attend pas que la personne veuille bien s'y soumettre en fixant son domicile dans un lieu où elle exerce son empire; loin de là, la personne a beau changer de domicile, elle ne peut se soustraire à la loi qui gouverne son état et sa capacité, aussi longtemps qu'elle conserve la nationalité française. Il en est de même du statut réel. Le code civil dit (art. 3) que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Si un étranger achète un immeuble situé en France, cet immeuble sera régi par la loi française, que l'acheteur le veuille ou non; le législateur n'attend pas que l'étranger se soumette à la loi territoriale; celle-ci s'impose au propriétaire, étranger ou indigène. Faut-il pour cela que l'étranger vienne en France, sur les lieux, pour acquérir et exercer son droit, conformément aux lois françaises? Le code civil a rejeté cette conception matérielle du droit, en rejetant la tradition comme condition de la transmission de la propriété. C'est la volonté qui seule règne dans le domaine du droit.

Ces principes reçoivent exception dans les cas où la loi s'en rapporte à l'autonomie des particuliers. Il en est ainsi en matière de contrats. Les parties font telles conventions qu'elles veulent, et ces conventions, dit le code civil, leur tiennent lieu de loi (art. 1134). Pour mieux dire, ce n'est pas une exception; il ne s'agit plus de statuts, la loi ne commande pas, et ne prohibe pas; ce sont les parties contractantes qui font office de législateurs. Les contractants, faisant la loi, peuvent naturellement choisir la loi qui doit régir leur contrat; en ce sens elles s'y soumettent. Nous ne sommes plus sur le terrain des statuts, nous sommes dans le domaine de l'autonomie.

293. L'opinion de Savigny est généralement admise. M. Brocher la reproduit presque textuellement, sans même ajouter les motifs que donne le célèbre jurisconsulte de Berlin (1). Savigny et Brocher ne distinguent pas si le droit est mobilier ou immobilier; en cela ils s'écartent de

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 209, n° 69.

la tradition que les Allemands ont rejetée depuis longtemps, mais que les interprètes du droit français sont obligés de respecter, puisque l'article 3 du code Napoléon la maintient implicitement. La tradition française se prononce pour la loi du domicile quand il s'agit de meubles, à moins qu'il n'y ait un intérêt public engagé dans le débat. Je vais citer une décision de la cour supérieure de commerce de l'empire allemand, qui applique la doctrine de Savigny (1). Le *Journal de droit international privé* pose la question en ces termes : « Quelle est la loi de la situation (*lex rei sitæ*) pour un bâtiment de navigation fluviale? » Cela implique que la loi de la situation est admise comme règle; mais, dans l'espèce, il y avait difficulté sur le point de savoir quelle était cette loi. Le code civil saxon (§ 10) dispose que les droits relatifs aux objets mobiliers ou immobiliers sont jugés d'après la loi du lieu où ces objets sont situés. Un bâtiment dont le propriétaire habitait Torgau (Prusse), et dont les papiers de bord avaient été délivrés par des autorités prussiennes, se trouvait en cours de voyage à Dresde (Saxe); là l'embargo fut mis sur le vaisseau à la requête d'un créancier saxon; l'exécution fut poursuivie et un droit de gage judiciaire conféré au créancier suivant le droit territorial. Alors intervint un tiers qui soutint que le bâtiment lui avait déjà été donné en gage pour garantie d'un prêt, d'après les lois en vigueur à Torgau; il s'opposa en conséquence à l'exécution du jugement de Dresde. Sur l'appel, la décision du premier juge a été infirmée en ces termes : « La loi de la situation pour les navires n'est pas celle du lieu où ils se trouvaient au moment précis où un créancier veut exercer le droit réel qu'il prétend avoir sur la chose. En effet, les bâtiments ont un quasi-domicile à leur port d'attache (2) qui est considéré comme le centre de leurs relations juridiques. Ce port (Torgau, dans l'espèce) doit être pris pour le lieu où la chose est située. Il suit de là que le premier juge n'aurait pas dû appliquer, comme loi de la

(1) Je cite l'arrêt d'après le *Journal du droit international* de Clunet, 1874, p. 131 (du 26 avril 1872).
(2) *Heimathshafen.*

situation, la loi saxonne; c'est la loi prussienne qui était applicable; et d'après cette loi, le droit de gage réclamé par l'intervenant était valablement constitué. »

294. Je laisse de côté les droits réels mobiliers, dont j'ai parlé plus haut. Quant aux droits réels immobiliers, ce sont des démembrements de la propriété; il faut donc appliquer à ces droits la doctrine que je viens de proposer sur la propriété. En droit français, les droits réels se transmettent, de même que la propriété, par la seule volonté des parties, en ce qui concerne les contractants. C'est leur volonté qui est l'élément décisif du débat; partant, la transmission dépend de l'autonomie. Il n'en est pas de même à l'égard des tiers; dès que les tiers sont en cause, l'intérêt de la société est engagé dans le débat, et, à ce titre, le statut devient réel. Cela est sans difficulté quant aux immeubles. Dans l'application, il faut distinguer divers ordres d'idées. Voici les principes que le droit français établit d'abord quant aux formes.

Les droits réels peuvent s'établir à titre gratuit. Or, en droit français, le titre gratuit est un acte solennel : si une servitude est établie par une donation nulle en la forme, il n'y a point de servitude, elle est, comme nous disons, inexistante. Reste à savoir quelle est la loi qu'il faut appliquer en ce qui concerne les formes. Il faut distinguer. La solennité est de l'essence de la donation; si l'immeuble est situé en France, la solennité requise par la loi française doit être observée partout, la donation doit donc être reçue par acte authentique; le lieu est seulement pris en considération en ce qui concerne les formalités qu'il faut suivre pour que l'acte soit authentique. Tels sont les principes établis par la loi hypothécaire belge pour les hypothèques; j'y reviendrai. Ces principes reçoivent leur application à la donation, ainsi qu'au testament, qui est également un acte solennel.

Le code civil dit (art. 379) que l'usufruit peut être établi par la *volonté de l'homme*. La volonté ne joue un rôle dans la forme qu'en ce sens que les parties peuvent choisir entre l'acte à titre onéreux et l'acte à titre gratuit, mais il ne leur appartient pas de régler les formes qui doivent

être observées pour l'un ou l'autre titre. Quand le titre est gratuit, l'acte est solennel, et la solennité est déterminée par la loi territoriale. On applique à l'usufruit ce que je viens de dire des servitudes. Il y a aussi un titre onéreux qui est solennel, c'est le contrat de mariage, et c'est à peu près le seul acte par lequel, dans nos mœurs, l'usufruit s'établisse; l'usufruit qui y est constitué au profit du survivant tient lieu de l'usufruit coutumier connu sous le nom de douaire, lequel existait dans la plupart des coutumes au profit de la veuve. D'après le code Napoléon, cet usufruit doit être stipulé; si les formes légales n'ont pas été observées, il n'y aura pas d'usufruit; le contrat de mariage sera censé ne pas exister.

L'emphytéose peut-elle être établie à titre gratuit? La tradition répugne à l'idée de gratuité. En effet, le contrat porte le nom de bail, et il n'y a pas de bail gratuit; veut-on y voir une vente, il n'y a pas non plus de vente gratuite. Cependant la plupart des auteurs admettent que l'emphytéose peut être établie par testament; il est inutile de discuter cette controverse puisqu'il n'y a point d'exemple d'une emphytéose testamentaire (1).

Le droit de superficie peut être établi par donation et par testament. Cette différence entre l'emphytéose et la superficie s'explique par la nature des deux droits. L'emphytéose a été introduite dans le but de trouver des cultivateurs pour les propriétés désertes des grands de l'empire, ce qui implique une convention à titre onéreux. Ce motif n'existe pas pour la superficie; elle reste donc sous l'empire du droit commun.

Tous les droits réels que je viens d'énumérer étant immobiliers tombent sous l'application de notre loi hypothécaire; s'ils sont établis par une donation entre-vifs, l'acte doit être transcrit, sinon il ne peut être opposé aux tiers; tandis que le testament n'est pas soumis à la transcription, partant, les droits réels, établis par testament, peuvent être opposés aux tiers sans publicité aucune.

295. Les droits réels sont régulièrement constitués à

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 446, n° 365.

titre onéreux par convention. Entre les parties, la convention reste sous l'empire du droit commun, quant aux droits réels dont je viens de parler : je laisse de côté l'hypothèque, sur laquelle je reviendrai. Les servitudes s'établissent entre les parties, sans forme aucune; l'écrit, s'il en est dressé un, ne sert que de preuve; à défaut d'écrit, ou quand l'écrit est nul, la convention peut être prouvée par les autres moyens légaux. Telle est la règle pour les actes à titre onéreux, et le code civil n'y a pas dérogé, en ce qui concerne les servitudes. C'est l'opinion presque unanime des auteurs (1).

Il en est de même de l'usufruit et des autres servitudes personnelles. La tradition laisse quelque doute sur l'emphytéose; Doneau enseigne que, d'après la loi de Zénon, il fallait un écrit; mais sa constitution ne fut pas observée. Voet établit très bien que l'emphytéose tenant de la vente et du bail, il n'y avait pas plus de raison d'exiger un écrit pour la validité du bail emphytéotique que pour la vente et le louage. La loi belge du 10 janvier 1824 consacre cette opinion par le silence qu'elle garde sur la forme. Il en est de même de la superficie; d'ordinaire on la constitue par vente, bail ou partage, et dans tous ces contrats, l'écrit ne sert qu'à la preuve.

Sous l'empire du code civil, les conventions translatives de droits réels immobiliers, valables entre les parties, étaient par cela même opposables aux tiers. La loi hypothécaire belge et la loi française de 1855 revinrent aux vrais principes. D'après notre loi (art. 1er), tout acte translatif de droits réels immobiliers doit être transcrit pour pouvoir être opposé aux tiers : la servitude n'existe donc à l'égard des tiers que lorsque l'acte qui la constitue a été transcrit. Il suit de là qu'à l'égard des tiers, la constitution de servitude est un acte solennel; les actes authentiques sont seuls admis à la transcription, de sorte qu'une vente verbale d'un droit de servitude ne pourrait être opposée aux tiers, la transcription étant impossible. C'est une grave innovation au code civil, et elle réagit sur le

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 176, nº 147-149.

droit international privé. La transcription forme un statut réel, et elle exige la rédaction d'un acte authentique; donc, à l'égard des tiers, la constitution des servitudes fait partie du statut réel, à moins qu'elle ne se fasse par acte de dernière volonté.

Le même principe reçoit son application à l'usufruit, bien entendu quand il est établi sur des immeubles; l'usufruit mobilier n'est pas soumis à la publicité; il existe à l'égard des tiers, comme entre les parties, par le seul effet du contrat, et la loi n'exige pas que le contrat soit dressé par écrit. Quant à l'usufruit immobilier, il tombe sous l'application de la règle qui soumet à la transcription tous les actes entre-vifs constatant une transmission d'un droit réel immobilier. Il faut donc appliquer à l'usufruit et aux autres servitudes personnelles grevant des immeubles ce que je viens de dire des servitudes réelles.

Il en faut dire autant de l'emphytéose et de la superficie; ils sont toujours immeubles, donc soumis à la transcription; partant, elles doivent être constatées par acte authentique, si les parties veulent que le droit puisse être opposé aux tiers.

296. En définitive, le statut des formes ne dépend pas de l'autonomie des parties intéressées. La raison en est très simple. S'agit-il de formes extérieures, on applique la loi du lieu où l'acte est reçu. S'agit-il de formes solennelles, la loi les établit dans un intérêt général, ce qui la rend réelle. Il n'en est pas de même du fond des dispositions et conventions. Ici l'intérêt privé des parties est seul en cause; rien ne s'oppose donc à ce que, en principe, elles règlent comme elles l'entendent l'effet de leurs conventions et dispositions. Toutefois, même en matière de testaments et de contrats, il y a des règles d'intérêt social; dans ce cas l'autonomie cède au statut territorial. C'est un principe universellement reconnu. Mais la difficulté est de savoir quand le statut est territorial.

On admet généralement (n° 292) que les droits réels dépendent de la loi du lieu où les immeubles sont situés. Cela veut-il dire que les parties ne peuvent établir d'autres

droits réels que ceux que le code civil a maintenus, en y ajoutant l'emphytéose et la superficie réglées par des lois spéciales en Belgique? Non, à mon avis. Qu'est-ce qu'un droit réel? Les droits dont nous parlons sont des démembrements de la propriété, c'est-à-dire des manières d'utiliser la propriété et d'en tirer parti. La question se réduit donc à savoir si le propriétaire est libre de disposer de sa chose et d'en jouir comme il veut. Cette question est décidée par le texte du code qui définit la propriété, le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue. Donc le maître peut détacher de sa propriété tels droits qu'il veut, créer par conséquent des droits réels à volonté. Ce principe reçoit une restriction qui est également une application du droit commun. Le propriétaire ne peut rien faire qui soit contraire à l'ordre public ou à l'intérêt général, quand cet intérêt donne un droit à la société; donc si la loi territoriale prohibait le droit réel que le propriétaire veut établir, celui-ci ne pourrait pas, en se fondant sur son statut personnel, créer un droit contraire au statut réel.

297. Il y a des droits qui sont réels d'après une loi, tandis que, d'après une autre, ils ne constituent qu'un droit de créance. Tel est le droit du preneur, locataire ou fermier. Les jurisconsultes romains le rangent parmi les droits de créance; le preneur n'a de droit que contre le bailleur, il ne peut opposer son bail aux tiers. Au contraire, le code prussien donne au preneur un droit dans la chose, dont il peut se prévaloir contre tout tiers. Le code civil a aussi dérogé au droit romain. Dans l'ancien droit, le preneur ne pouvait opposer son bail à l'acquéreur de la chose louée, puisqu'il n'avait qu'un droit de créance, tandis qu'aux termes de l'article 1743, l'acquéreur ne peut expulser le locataire ou le fermier qui a un bail authentique ou dont la date est certaine. On demande quelle loi il faut suivre pour déterminer la nature du bail et, par conséquent, le droit du preneur contre l'acquéreur: est-ce la loi qui régit les parties contractantes, ou est-ce la loi du lieu où l'immeuble loué est situé?

Savigny répond qu'il faut suivre la loi de la situation :

il n'en fait aucun doute, dit-il (1). C'est une application du principe que Savigny suit en cette matière (n° 292) : le statut territorial détermine la réalité du droit. L'immeuble est-il situé en France, l'acquéreur pourra expulser le preneur dont le bail n'a pas date certaine; tandis qu'il ne pourra l'expulser si l'immeuble est situé en Prusse; dans l'un et l'autre cas, la décision dépend de la loi du lieu où l'immeuble est situé. Il y a un motif de douter. Savigny suppose que la loi de la situation décide, en termes absolus, que le droit de bail est ou réel ou un droit de créance; or, la loi française ne déclare pas que le droit est réel; le bail reste ce qu'il était, un droit de créance; seulement, par exception, le preneur dont le bail a date certaine peut l'opposer à l'acquéreur. Cette exception même n'est pas absolue, car le bailleur peut se réserver, par son contrat, le droit d'expulser le fermier, ce qui revient à dire que le bailleur peut stipuler que le preneur n'aura qu'un droit d'obligation, comme en droit romain. Cette réserve doit-elle être expresse? L'article 1743 semble l'exiger; mais il faut remarquer qu'il ne dispose qu'au point de vue du droit civil, il ne prévoit pas la difficulté du conflit d'une loi étrangère et de la loi française. Une chose est certaine, c'est que l'effet réel que le code donne au bail n'est pas d'intérêt général; sans cela le législateur n'aurait pu permettre au bailleur d'y déroger. Cela me paraît décisif; les intérêts privés restent dans le domaine de l'autonomie, l'article 1743 le prouve, puisqu'il permet au bailleur de se réserver le pouvoir d'expulser le fermier en cas de vente de la chose louée. Supposons maintenant que le bailleur et le preneur soient étrangers, et que, d'après leur loi personnelle, le bail ne produise qu'un droit d'obligation; n'est-il pas certain, dans ce cas, que les parties ont entendu contracter un bail personnel, en ce sens au moins que leur volonté tacite est de suivre la loi nationale, la seule qu'ils connaissent? Puisque la solution de la question dépend de la volonté des parties, c'est au juge de décider d'après les faits de la cause quelle est cette volonté.

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 190, n° 3.

298. Régulièrement les droits réels s'établissent par convention. D'après le droit français, la propriété des immeubles se transmet entre les parties par le seul effet du contrat, sans qu'il y ait tradition (art. 1138 et 1583). Ce principe s'applique aussi aux droits réels immobiliers. En droit romain, au contraire, il fallait la tradition; il en était de même dans l'ancien droit, et il en est encore ainsi là où le droit traditionnel est resté en vigueur. Dans ce conflit de lois diverses, quelle est celle qu'il faudra suivre? D'après l'opinion que j'ai proposée, la translation de la propriété entre les parties dépend de la volonté des contractants, donc de leur autonomie. Des étrangers propriétaires de fonds situés en France pourraient convenir que la servitude ne sera constituée que par une quasi-tradition, conformément à leur loi personnelle. Il en est de même si les parties appartiennent à des nations diverses. La décision dépend toujours de leur volonté, expresse ou tacite. Mais que faut-il décider si elles n'ont manifesté aucune volonté? Nous avons déjà rencontré cette difficulté, et j'y reviendrai au titre des *Obligations*. Fiore veut que l'on s'en tienne à la loi du propriétaire qui concède la servitude. Il suppose que le conflit existe entre le propriétaire du fonds dominant et le propriétaire du fonds servant pour le mode d'exercer la servitude; il se décide en faveur du premier, par la raison que le droit de propriété est toujours le droit principal (1). Le motif me paraît très faible; il y a deux propriétaires en cause, et le droit de l'un est égal au droit de l'autre.

La convention qui crée le droit réel entre les parties ne suffit point pour que le droit existe à l'égard des tiers. D'après les lois nouvelles publiées en Belgique et en France, la transcription est requise pour que la transmission d'un droit réel immobilier puisse être opposée aux tiers (2). La transcription est essentiellement d'intérêt général; établie en faveur des tiers, elle forme un statut

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 291 et suiv., n° 208.
(2) Loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, art. 1er. Loi française du 23 mars 1855, art. 1er.

territorial d'ordre public, lequel domine tout statut personnel qui serait contraire.

299. Il y a des droits réels qui sont établis par la loi : les servitudes légales, l'usufruit légal et les hypothèques légales. Dépendent-ils du statut réel de la situation des biens, ou du statut personnel? Il n'y a pas de règle absolue en cette matière; tout dépend de la nature de chaque droit, des motifs qui l'ont fait établir. Les servitudes légales appartiennent au statut réel, parce qu'elles sont d'intérêt social. Les hypothèques légales des incapables sont une dépendance du statut personnel qui régit l'état et la capacité des créanciers; tandis que l'hypothèque légale de l'État, des provinces, des communes et des établissements d'utilité publique est régie par le statut réel; ainsi la nature d'un seul et même droit varie à raison des personnes auxquelles il est accordé. Quant à l'usufruit légal, j'ai déjà dit qu'à mon avis il dépend du statut personnel; mais sur ce point tout est controversé. Je renvoie à ce que je dis ici même sur toutes ces questions.

§ II. *Des servitudes.*

N° 1. DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

300. Personne, dit Savigny, ne conteste que les servitudes prédiales ne soient régies par la loi de la situation des biens. Il en est de même, ajoute-t-il, des servitudes personnelles qui grèvent des immeubles (1). Voilà une de ces propositions générales dont il faut se défier dans notre science. L'usufruit est une servitude personnelle, cependant l'usufruit légal des père et mère ne dépend pas de la situation des biens qui en sont grevés; il est vrai que cela est controversé, mais le fait seul de la controverse suffit pour qu'il ne soit pas permis d'affirmer, comme une chose certaine, que toute servitude dépend du statut réel. Fiore a raison de dire qu'il n'y a pas de règle absolue en cette matière, et que pour décider si un droit est régi par la loi

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 189, § 368.

de la situation des biens ou par le statut des personnes, il faut considérer chaque droit en particulier (1). On pourrait affirmer tout le contraire de ce que dit Savigny, c'est que la loi personnelle a toujours une influence sur les servitudes, et cette affirmation aurait également sa part de vérité, puisqu'il y a un texte du code Napoléon en ce sens. Le code civil a un chapitre intitulé : « Des servitudes établies par le *fait de l'homme.* » Si c'est le fait de l'homme qui domine, n'en faut-il pas induire que c'est sa volonté qui fait loi? C'est ce que dit en effet le premier article du chapitre (art. 686). « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que *bon leur semble.* » C'est l'application d'un principe qui régit toutes les conventions. L'article 1387 contient une disposition identique en matière de conventions matrimoniales : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire *comme ils le jugent à propos.* » Qu'il s'agisse de droits personnels sur les biens ou de droits réels, le propriétaire jouit toujours du *pouvoir le plus absolu* de jouir et de disposer de sa chose (art. 544). Ce pouvoir implique la faculté de la démembrer ou de la grever de droits réels. Quand le démembrement profite à un autre héritage, il prend le nom de servitude. Pourquoi la loi donne-t-elle sa sanction aux *faits de l'homme* qui ont pour objet de démembrer, d'amoindrir par conséquent un héritage? Si le fonds servant est amoindri, par contre le fonds dominant en retire un avantage; la servitude augmente son utilité, puisque la jouissance de l'héritage, sa culture, son exploitation, sont améliorées par l'établissement de la servitude.

Voilà la part de la volonté de l'homme, et elle est grande. Si les propriétaires sont législateurs, comment peut-on dire que la servitude est régie par la loi de la situation des biens? L'autonomie exclut, au contraire, le régime des statuts; c'est le propriétaire qui impose sa volonté aux choses; donc il faut leur imposer les règles

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 290.

établies par sa loi personnelle, de préférence à celles que le législateur territorial a établies. Il en sera régulièrement ainsi quand les parties sont étrangères : ont-elles la même nationalité, il est naturel qu'elles adoptent leur loi nationale ; et si elles appartiennent à des nations différentes, elles peuvent choisir la loi qu'elles préfèrent.

301. Est-ce à dire que tout, dans l'établissement et l'exercice des servitudes, dépend de l'autonomie? Non, certes. L'article 686, qui établit le principe de l'autonomie, y apporte aussi des restrictions, et elles sont considérables. « Les propriétaires, dit-il, peuvent établir telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les *services* établis ne soient imposés, ni *à la personne*, ni *en faveur de la personne*, mais seulement *à un fonds* et *pour un fonds*. » Je viens de dire que le législateur a donné sa sanction aux servitudes, parce que si elles amoindrissent le fonds servant, elles améliorent le fonds dominant. Cela implique qu'il y a deux héritages (art. 637), l'un sur lequel la charge est imposée, l'autre pour l'utilité duquel elle est établie. S'il n'y a pas d'héritage à améliorer, la servitude n'a plus de raison d'être. Or, les parties peuvent bien faire tout ce que bon leur semble, comme dit l'article 686, mais elles ne peuvent pas faire l'impossible, elles ne peuvent donc, sous le nom de servitudes, établir des droits ou des charges qui ne seraient pas des servitudes.

Cette première restriction que reçoit l'autonomie a une portée très grande. Les services, dit l'article 686, ne peuvent être établis *en faveur* d'une *personne*, quand même ils seraient dus *par* un *fonds*. Les servitudes personnelles étaient admises en droit romain, et le sont encore partout où le droit traditionnel a été maintenu. Le code lui-même a conservé des servitudes personnelles, l'usufruit, l'usage et l'habitation ; mais ce sont les seules que les parties puissent établir ; les termes restrictifs de l'article 686 ne permettent point d'en créer d'autres. Ainsi la servitude de passage qui, dans l'ancien droit, pouvait être stipulée à titre de servitude personnelle, ne peut plus être constituée au profit d'une personne, quand même la loi nationale des

contractants serait le droit romain. La loi territoriale domine, en ce cas, la loi personnelle. Je vais en dire la raison en examinant les motifs de la prohibition consacrée par l'article 686.

L'orateur du Tribunat dit que le législateur a prohibé les servitudes personnelles, parce qu'il a voulu rendre impossible le rétablissement des anciennes servitudes féodales qui, en imposant des services à l'héritage servant, asservissaient le propriétaire de cet héritage (1). Considérées dans leur vraie nature, les servitudes personnelles n'ont rien de commun avec la féodalité; elles procèdent du droit romain, qui n'avait pas le soupçon du régime féodal; mais le législateur français voulait empêcher que les servitudes personnelles ne servissent de prétexte et ne devinssent un moyen de rétablir des institutions odieuses à la nation. Ce motif suffit pour caractériser l'abolition des servitudes personnelles : elle tient à la passion de la race française pour l'égalité. Ainsi la prohibition établie par l'article 686 est de droit public; donc le statut est réel et, partant, la loi territoriale de France dominerait la loi personnelle des étrangers qui voudraient constituer en France une servitude personnelle.

302. L'article 686 contient encore une seconde restriction au principe de l'autonomie : « Il est permis aux propriétaires d'établir telles servitudes que bon leur semble, pourvu que les services n'aient rien de contraire à l'*ordre public*. » Par l'expression *ordre public*, le législateur entend ici l'*intérêt public*. Les servitudes sont autorisées par le législateur pour améliorer les héritages, cela est d'intérêt privé tout ensemble et d'intérêt public, mais les parties ne peuvent pas heurter et combattre les droits de la société, ce serait une contradiction dans les termes. L'intérêt général ne saurait être en opposition avec lui-même, et l'intérêt privé est toujours subordonné au droit de la société. Le code civil en a un exemple dans l'article 674 qui porte : « Celui qui veut creuser un puits ou une fosse d'aisances près d'un mur mitoyen ou non, celui

(1) Gillet, *Discours*, n° 12 (Locré, t. IV, p. 195. édit. de Bruxelles).

qui veut y construire une cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau, y adosser une étable ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives, est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements ou usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin. » L'article 674 suppose que les constructions à faire ne nuisent qu'au voisin; il y a aussi des intérêts généraux de sûreté et de salubrité à sauvegarder. Quand l'intérêt social est en cause, l'administration a le droit d'y pourvoir; de là les règlements auxquels l'article 674 renvoie : telles sont les mesures de précaution qui doivent être observées pour prévenir les incendies. Il importe beaucoup de distinguer ce qui est d'intérêt privé et ce qui est d'intérêt public; les particuliers ne peuvent, par leurs conventions, déroger au droit de la société (art. 6); et, par suite, des propriétaires étrangers ne pourraient pas opposer leur loi personnelle aux règlements dont l'objet est de pourvoir à la sûreté et à la salubrité, mais ils ont le droit de régler comme ils l'entendent ce qui est de pur intérêt privé (1).

303. Le principe de l'ordre public reçoit une application plus importante. Aux termes de l'article 638, « la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre ». Cette disposition établit une différence radicale entre les services fonciers que le code civil autorise, et les servitudes que le régime féodal imposait aux héritages servants pour l'utilité ou l'agrément du propriétaire de l'héritage dominant. Lorsque la révolution française éclata, le servage personnel, sauf de rares exceptions, avait disparu depuis longtemps de la France, mais la féodalité avait laissé des traces profondes dans le droit privé. En apparence, il ne s'agissait que de servitudes réelles, de la dépendance d'un héritage à l'égard d'un autre héritage; mais la dépendance des terres entraînait la dépendance de ceux qui les possédaient, c'était le caractère distinctif des services féodaux. La nuit du 4 août mit

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 40, nos 25 et 26.

fin pour toujours aux abus de la féodalité, et le code civil consacra les conquêtes de la révolution dans le domaine du droit privé. Napoléon avait raison d'être fier de son œuvre; ce sont les lois civiles bien plus que les lois politiques qui font pénétrer les idées de liberté dans la vie journalière d'un peuple.

Telle est la portée immense de l'article 638. Les orateurs du Tribunat ont mis en lumière le caractère politique de cette disposition. En déclarant que la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre, dit Albisson, « la loi prévient toute arrière-pensée qui pourrait se porter sur cette *désastreuse* hiérarchie foncière qui a *déshonoré* la législation française jusqu'à la nuit mémorable du 4 août 1789 ». Gillet parle avec colère de cette masse *monstrueuse* de la féodalité et jette un cri de triomphe sur l'abolition de cet odieux régime : « Qu'était-ce, en effet, que le régime féodal, sinon l'art de faire de la propriété foncière un instrument d'envahissement? Les *devoirs féodaux* faisaient partie des *servitudes*. Le projet a voulu que les services fonciers ne pussent *jamais* être une occasion de reproduire ces *idées proscrites* (1). »

Il est d'évidence, d'après cela, que l'exception consacrée par l'article 638 à l'autonomie, est de droit public, et par suite les étrangers sont soumis à cette restriction aussi bien que les Français.

304. Les servitudes s'établissent encore, en droit francais, par destination du père de famille et par prescription. Je parlerai de la prescription acquisitive dans l'Etude que je consacrerai à cette difficile matière. Aux termes de l'article 692, « la destination du père de famille vaut *titre* à l'égard des servitudes continues et apparentes ». Deux héritages appartiennent au même maître; il emploie l'un des fonds au service de l'autre, en pratiquant, par exemple, des vues dans une maison donnant sur un autre héritage. Tant que les deux fonds restent dans sa main, le service que l'un rend à l'autre n'est pas servitude, parce que personne ne peut avoir de servitude sur sa propre

(1) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 1; Albisson, *Rapport au Tribunat*, n° 3; Gillet, *Discours*, n° 5 (Locré, t. IV, p. 178, 185 et 193).

chose; c'est *destination du père de famille*. Comment cette *destination* se transformera-t-elle en servitude? Si les deux fonds viennent à appartenir à des propriétaires différents, par vente ou partage, le service deviendra un droit de servitude, sans qu'il soit besoin d'une stipulation expresse dans l'acte de vente ou de partage. Il y a une convention tacite; en effet, les deux fonds sont vendus ou partagés dans l'état où ils se trouvent, l'un destiné au service de l'autre; les fonds appartenant désormais à deux propriétaires différents, le service ne se fait plus à titre de propriété; s'il continue par la volonté des parties, il ne peut se faire qu'à titre de servitude. Ainsi la servitude naît d'un concours de volontés, comme la servitude conventionnelle; en ce sens, la loi dit que la *destination* vaut *titre*; seulement dans un cas le consentement est *exprès*, et dans l'autre il est *tacite*.

Reste à savoir quel statut régit la destination du père de famille. Ce que je viens de dire répond à la question. La destination étant une convention tacite, que la loi assimile à la convention expresse, le statut est le même, puisque le fait juridique est le même. Donc ce mode d'établissement des servitudes dépend de l'autonomie des parties. Les parties peuvent déclarer qu'elles ne veulent pas qu'une servitude naisse de la destination; leur volonté fera loi. Cela est très important dans le cas où les contractants sont des étrangers régis par une loi personnelle qui n'admet point la destination du père de famille. Y aura-t-il, dans ce cas, servitude si les parties maintiennent la destination? C'est une question de volonté; le juge doit rechercher quelle a été leur intention, d'après les circonstances de la cause; le fait que les contractants sont étrangers sera d'un grand poids dans la décision de cette question si difficile : s'il était prouvé que les parties ne connaissaient pas la loi française, il ne pourrait être question de l'établissement d'une servitude par destination, car elles ne peuvent pas vouloir ce qu'elles ignorent.

N° 2. DES SERVITUDES DÉRIVANT DE LA SITUATION DES LIEUX.

303. Le code Napoléon admet des servitudes qui déri-

vent de la situation des lieux, et qui, en ce sens, sont naturelles, et il en admet d'autres qu'il appelle légales. Au point de vue du droit international privé, les servitudes naturelles et les servitudes légales ont un caractère commun qui les distingue profondément des servitudes établies par le *fait de l'homme*. Cette dernière expression est très significative ; elle implique que l'autonomie domine dans l'établissement de ces servitudes ; tandis que les servitudes qui dérivent de la situation des lieux et les servitudes légales n'ont rien de commun avec l'autonomie. Il résulte de là une conséquence très importante en ce qui concerne la nature du statut qui régit ces servitudes, elles dépendent du statut de la situation ; pour les servitudes *naturelles*, cela paraît d'évidence, puisqu'elles dérivent de la *situation des lieux*. Mais comme les propositions générales sont trompeuses, dans notre science, il convient d'examiner la nature et le caractère des diverses charges que le code français qualifie de servitudes *naturelles* et *légales*.

Il y a, dans le chapitre des Servitudes naturelles, des dispositions qui sont étrangères aux servitudes. Quand la loi dit que celui qui a une source dans son fonds en peut user à sa volonté, elle consacre une conséquence du droit de propriété (art. 641). Il en est de même de l'article 646, qui donne à tout propriétaire l'action en bornage, et de l'article 647, qui permet à tout propriétaire de clore son héritage. Si ce n'était qu'une critique de la classification adoptée par le code civil, il ne vaudrait pas la peine d'en parler ; les codes ne sont pas des manuels. Mais, dans l'espèce, le vice de classification conduit à une confusion d'idées. Je viens de dire que les servitudes naturelles, dérivant de la nature, sont en principe régies par la loi de la situation des biens, puisque c'est la situation qui leur donne naissance. On n'en peut dire autant des droits que le code appelle servitudes naturelles, alors que ces prétendues servitudes ne sont que la conséquence ou l'exercice du droit de propriété. Je renvoie tout ce qui concerne l'exercice du droit de propriété à mon Etude sur la propriété. Ici je n'ai à parler que des restrictions que

reçoit le droit de propriété à raison de la situation des biens, et du statut qui les régit.

306. L'article 646 du code Napoléon porte : « Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. » Le bornage est l'acte par lequel les deux voisins indiquent les limites de leurs héritages. Chacun des deux voisins a intérêt à ce que des marques extérieures et certaines séparent leurs fonds, afin d'empêcher les empiétements de l'un au préjudice de l'autre, ainsi que les contestations que le défaut de bornes fait naître. Le bornage n'est pas une servitude : c'est une obligation réciproque entre voisins, qui a pour objet d'assurer le droit de propriété; de là suit qu'on ne peut pas appliquer au bornage les principes qui régissent les servitudes. On demande quelle est la nature de cette obligation. Elle concerne la propriété territoriale, et elle tend à la garantir contre les usurpations qui se commettent si facilement entre voisins; de là des contestations, des disputes, des dissensions, que le bornage prévient. Tous ces motifs sont d'intérêt social; cela détermine la nature du statut : il est essentiellement réel.

307. « Tout propriétaire, dit l'article 647, peut clore son héritage. » La faculté de se clore est une conséquence du droit de propriété, droit absolu et par cela même exclusif; or, le seul moyen d'exclure les tiers d'un fonds qui nous appartient, c'est de l'entourer d'une clôture. Le droit de clore est une faculté dont le propriétaire use ou n'use pas, selon ses convenances. Si le législateur a cru devoir consacrer un droit qui découle naturellement de la propriété, et s'il l'a fait au titre des *Servitudes*, c'est qu'avant 1789 ce droit naturel, comme tant d'autres, était méconnu. D'après telle coutume, le propriétaire ne pouvait enclore sa terre de haies ni de fossés sans la permission du seigneur : c'était une servitude que la féodalité avait introduite pour assurer aux suzerains le plaisir de la chasse, les rois mêmes sacrifiaient la propriété des citoyens à leurs plaisirs. Ces priviléges odieux furent abolis dans la célèbre nuit du 4 août. Ainsi le droit de se clore implique l'abolition d'une servitude féodale; donc

il est d'ordre public, et il n'y peut être dérogé par des conventions qui rétabliraient la servitude féodale. Partant les étrangers, propriétaires en France, ne pourraient se prévaloir de leur loi personnelle pour légitimer une pareille convention. Ils jouissent du bienfait de la liberté du sol, et ils sont tenus de la respecter.

Le droit de se clore a encore un lien avec la matière des servitudes. Dans l'ancien droit, il s'était établi, au profit des habitants d'une commune, une servitude en vertu de laquelle ils jouissaient du droit de faire paître leurs bestiaux sur les héritages dépouillés de fruits : c'est ce qu'on appelait *vaine pâture*. Lorsque le droit était réciproque entre deux communes, il prenait le nom de *parcours* ou d'*entre-cours*. Le code rural conserva provisoirement ces servitudes, mais en les modifiant profondément; il permit à tout propriétaire de s'en affranchir, en entourant ses fonds d'une clôture. Le code Napoléon maintient ce droit, avec la conséquence qui en résulte, à savoir que le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et vaine pâture, en proportion des terrains qu'il y soustrait. Dans ses rapports avec les servitudes, le droit de se clore est encore une loi de liberté, et partant de droit public et de statut réel. Il ne peut y avoir de convention contraire, et aucune loi étrangère ne peut être opposée à un statut territorial qui a pour objet de garantir la liberté du sol (1).

308. L'article 641 du code civil porte que celui qui a une source dans son fonds peut en user à volonté. Ce n'est certes pas là une servitude. La source est une dépendance de la propriété; celle-ci comprend le dessous, (art. 552) partant, la source qui en jaillit. Tout est de droit privé en cette matière. Le maître du champ peut renoncer au pouvoir absolu que la loi lui accorde, en donnant un droit sur les eaux aux propriétaires inférieurs; dans ce cas, sa liberté se change en servitude, et comme les servitudes s'établissent par prescription, les riverains inférieurs peuvent acquérir un droit sur les eaux de la

(1) Comparez, sur cette matière qui présente bien des difficultés dans l'application, mes *Principes de droit civil*, t. VII, nos 440-456.

source, par la possession de trente ans. Tout dépendant de l'autonomie, il n'est pas question de statut.

Le code civil fait une exception à ces principes ; le propriétaire de la source n'en peut pas changer le cours lorsqu'elle fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau l'eau qui leur est nécessaire. Quel est le motif de cette restriction que la loi apporte au droit du propriétaire de la source? Il y a *nécessité* publique. La loi elle-même exproprie partiellement le propriétaire, en grevant son fonds d'une servitude. Quand y a-t-il nécessité? Il résulte de la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat que la loi a eu en vue les besoins des habitants et l'abreuvage de leurs bestiaux ; on ne pourrait pas étendre la servitude que crée l'article 643 à l'irrigation des terres, ni au roulement des usines ; la loi exige une nécessité communale. La servitude est donc essentiellement territoriale et d'intérêt public, ce qui détermine la nature du statut (n° 305).

309. Le code Napoléon traite, dans le chapitre des Servitudes naturelles, des droits qui appartiennent aux riverains des cours d'eau non navigables. L'article 644 distingue : celui dont la propriété borde l'eau courante, peut s'en servir à son passage, pour l'irrigation de ses propriétés : celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire. Quel est le principe d'où dérivent ces droits? Est-ce un droit de propriété ou de copropriété? ou les rivières appartiennent-elles à l'Etat, ou aux communes? La question est très controversée, la solution qu'on lui donne importe peu, en ce qui concerne la nature du statut. L'usage des eaux ne saurait être exclusif ; l'appropriation serait en opposition avec les lois de la nature. Il est vrai que la nature en donne d'abord l'usage au riverain supérieur, mais il ne lui est pas permis d'absorber les eaux au préjudice des riverains inférieurs, parce qu'ils ont un droit égal au sien (1).

Aucun d'eux ne peut disposer de la rivière, comme un

(1) Arrêts de cassation du 17 et du 4 décembre 1861.

propriétaire peut disposer de sa chose. Les arrêts qui posent le principe en tirent la conséquence que les riverains peuvent opposer ni titre ni prescription contre les règlements portés par l'administration dans l'intérêt de tous. En ce sens la cour de cassation de Belgique dit que « l'usage des eaux courantes est subordonné à l'intérêt général, auquel doivent céder les intérêts particuliers (1). »

Ces principes déterminent la nature du statut qui règle l'usage des eaux non navigables. Ce statut est réel et d'ordre public ; il oblige tous les riverains, sans distinction de nationalité, et sans que les étrangers puissent se prévaloir de leur statut personnel : chaque Etat a un pouvoir souverain sur les eaux qui se trouvent sur son territoire, en ce sens qu'il lui appartient exclusivement d'en régler l'usage, de manière à concilier tous les intérêts.

310. Aux termes de l'article 640 du code Napoléon, « les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué ». C'est une charge que la nature impose à certains héritages, dans l'intérêt d'autres héritages. Il est encore vrai de dire avec le code civil que cette charge est l'œuvre de la nature ; c'est la nature qui a donné aux eaux la loi qui les fait découler des fonds supérieurs sur les fonds inférieurs. Voilà pourquoi tous les fonds inférieurs sont grevés de cette servitude, même ceux qui dépendent du domaine public. A plus forte raison les propriétaires qui seraient étrangers ne pourraient-ils pas réclamer contre cette charge, en invoquant leur statut personnel, s'il leur donnait droit à une indemnité. En supposant qu'il y ait expropriation, c'est la nature qui exproprie, ce n'est ni l'homme, ni la loi.

311. Je passe aux servitudes qui ont été créées par les lois nouvelles portées en France et en Belgique dans l'intérêt de l'agriculture. Ce mot suffit déjà pour caractériser les statuts dont je vais parler. L'agriculture est le plus

(1) Rejet, 8 janvier 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 110).

grand intérêt de l'Etat, parce que c'est la source inépuisable de sa richesse. Les lois qui ont pour objet de la protéger et de lui donner de nouvelles forces sont donc essentiellement territoriales et d'intérêt public; telles sont les servitudes agricoles dont je vais dire un mot, en prenant comme exemples celles qui présentent le plus d'intérêt (1).

La loi belge du 27 avril 1848, qui a reproduit la loi française du 29 avril 1845, porte, article 1er : « Tout propriétaire qui voudra se servir pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires, à la charge d'une juste et préalable indemnité. » C'est ce qu'on appelle la servitude d'aqueduc; elle a été établie pour favoriser l'irrigation des terres non riveraines. La servitude n'existe pas de plein droit; celui qui veut profiter du bénéfice de la loi doit réclamer le passage, et, en cas de contestation, le tribunal pourra ne pas l'accorder. Le législateur veut concilier l'intérêt de l'agriculture avec le droit de propriété, en laissant au juge la faculté d'apprécier si la servitude demandée est réellement utile ou nécessaire à l'agriculture. La loi limite l'établissement de la servitude d'aqueduc à l'*irrigation*, donc à l'intérêt de l'agriculture, partant, la servitude ne pourrait être réclamée pour l'exploitation d'une usine. J'avoue que je ne comprends pas cette limitation. Le législateur s'est laissé entraîner par l'esprit jaloux et étroit du propriétaire; l'industrie a aussi droit à sa protection, car l'industrie, c'est le travail, et le travail est un élément de moralisation et de perfectionnement. Il est inutile d'ajouter que la loi qui impose des sacrifices à la propriété dans l'intérêt de l'agriculture est d'intérêt général et que le statut est réel. Si le statut personnel de l'étranger lui permettait de réclamer une servitude d'aqueduc, pour l'exercice de son industrie, les tribunaux ne pourraient pas écouter sa réclamation; le statut personnel cède devant le droit de la société. Par contre, le statut

(1) Voyez, sur l'ensemble de la législation, mes *Principes de droit civil*, t. VII, nos 375-416 *bis*.

étant territorial, profiterait à l'étranger, dont la loi personnelle, plus étroite encore que la nôtre, n'autoriserait pas l'établissement d'un aqueduc malgré le propriétaire.

312. La loi belge du 10 juin 1851 établit une servitude de passage pour le drainage. On appelle *drainage* le dessèchement au moyen de rigoles ou *drains*. On lit dans le rapport sur la loi française : « S'il convient de faciliter la circulation des eaux destinées à l'arrosage, il n'est pas d'un médiocre intérêt pour l'agriculture de donner un écoulement aux eaux qui imprègnent la terre d'un excès d'humidité; autant, dans le premier cas, elles sont un élément de fertilisation, autant elles peuvent être, dans le deuxième cas, une cause d'appauvrissement, soit qu'elles séjournent à la face de la terre, dans un état de stagnation, soit que l'imperméabilité des couches inférieures les retienne captives au sein du sol. »

Il y a une différence entre la loi belge et la loi française. D'après celle-ci, la servitude de drainage existe de plein droit; le juge doit l'établir dès que le propriétaire la demande. Cela est peu logique, les tribunaux doivent avoir le droit d'examiner si l'intérêt de l'agriculture exige l'établissement de la servitude et justifie la restriction qui doit être apportée au droit de propriété : c'est le principe que la loi belge a consacré pour le drainage comme pour l'aqueduc.

La servitude de drainage étant identique avec celle d'aqueduc, il faut appliquer le principe que je viens de poser concernant les servitudes agricoles (n° 311); elles sont d'intérêt général, partant le statut qui les régit est réel. La loi territoriale domine toute autre loi. Ainsi la loi française sur la servitude de drainage ne pourrait être invoquée en Belgique, quand même toutes les parties intéressées seraient de nationalité française. La servitude de drainage n'existerait donc pas de plein droit; le juge peut accueillir la demande ou la rejeter. Comme il n'y a pas de doute possible, je crois inutile d'insister.

N° 3. DES SERVITUDES LÉGALES.

313. L'article 649 du code civil porte : « Les servi-

tudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale ou l'utilité des particuliers. » Je citerai d'abord quelques exemples de servitudes légales, puis je dirai quelle est la nature de ces charges, et quel est le statut qui les régit.

I. *Des servitudes légales d'utilité publique.*

314. L'ordonnance des eaux et forêts de 1669, titre XXVIII, article 7, établit la servitude de marchepied (1). Les deux bords des rivières sont grevés d'une servitude dans l'intérêt de la navigation; ce chemin est, sur les deux rives, de vingt-quatre pieds de largeur; mais sur celle qui sert au trait des chevaux, la défense de planter et de bâtir s'étend à trente pieds, tandis qu'elle est restreinte à vingt pieds sur l'autre bord. De là la distinction que l'on établit entre le *chemin de halage* servant aux chevaux qui *halent* ou tirent les bateaux à la remonte, et le *marchepied* destiné spécialement aux piétons, mais servant aussi au sauvetage des trains et radeaux. Le code Napoléon n'observe pas cette terminologie (art. 556 et 650).

Tout, en cette matière, est d'utilité publique, on peut dire de nécessité, puisque sans la servitude de marchepied la navigation fluviale serait impossible, sauf pour les bateaux à vapeur. Cela est si vrai que la servitude s'est établie d'elle-même, c'est-à-dire qu'elle existait avant qu'il y eût une loi qui la règle.

315. L'article 650 place parmi les servitudes légales d'utilité publique celles qui ont pour objet « la construction ou la réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux », Cela est si vague que l'on ne sait pas de quelles servitudes le législateur entend parler. Je renvoie à ce qui en est dit dans mes *Principes de droit civil* (t. VII, n°s 463-466).

La construction des chemins de fer a créé de nouvelles servitudes à charge des riverains. Il n'est permis de plan-

(1) Cet article a été publié en Belgique en vertu du décret du 4 prairial an XIII.

ter des arbres de haute tige, sans autorisation du gouvernement, qu'à la distance de vingt mètres du franc-bord des chemins de fer, et des têtards ou autres arbres qu'à la distance de six mètres. La même autorisation est requise pour les amas ou dépôts de pierres pour les bâtisses et autres constructions, dans une distance de huit mètres. Il est défendu d'ouvrir, sans autorisation, des sablières ou des carrières ou minières à ciel ouvert, le long des chemins de fer, dans la distance de vingt mètres. Même défense pour les toitures en chaume, ainsi que pour tout dépôt de matières combustibles, telles que meules de grains (loi du 15 avril 1843, art. 1-3 et 5).

316. Le code ne mentionne pas les servitudes que l'intérêt de la défense nationale impose aux propriétés voisines des forteresses. La loi du 10 juillet 1790 (tit. Ier, art. 30) a été reproduite en Belgique par l'arrêté-loi du 4 février 1815 : « Il est défendu de construire ou reconstruire des maisons ou murailles, former des élévations, faire des caves, creuser des puits, ou faire toute autre excavation, dans la distance de cent toises ou dix-huit cents pieds de l'extrémité des glacis les plus avancés des places fortifiées existantes en Belgique, sous peine que ces ouvrages seront détruits aux frais de ceux qui les auront faits. »

L'application de ces lois a donné lieu à de longs débats judiciaires, et à des dissensions politiques, par suite de la construction des fortifications d'Anvers. On soutenait que la Constitution défendant de priver les citoyens de leur propriété, sans une juste et préalable indemnité, les lois sur les servitudes militaires étaient abrogées, en ce sens que les terrains voisins des places fortes ne pouvaient être grevés de servitudes que dans les formes et sous les conditions prescrites par les lois qui régissent l'expropriation pour cause d'utilité publique. La cour de Bruxelles s'est prononcée en faveur de l'État (1).

317. L'ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts crée plusieurs servitudes dans l'intérêt de la conservation des

(1) Bruxelles, 29 mai 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 185), et 7 janvier 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 107).

bois de l'État et des communes. Ainsi il ne peut être établi, sans autorisation du roi, aucun four à chaux ou à plâtre, aucune briqueterie et tuilerie, dans l'intérieur des bois et forêts, ni à une distance moindre de deux cent cinquante mètres. Même défense pour la construction de maisons sur perches, loges, baraques ou hangars.

318. Les charges que le code appelle servitudes légales sont-elles réelles ou personnelles? Il est certain qu'elles sont réelles, car elles grèvent les fonds entre les mains de tout possesseur. Mais ce ne sont pas de vraies servitudes. La servitude suppose un assujettissement qui déroge à la liberté générale des fonds ; or, les charges dont je viens de donner des exemples pèsent sur tous les fonds ; elles forment donc le droit commun des héritages. On ne peut pas même dire que les servitudes légales aient pour objet l'utilité d'un autre héritage; elles sont établies dans un intérêt d'utilité publique (1). C'est ce caractère qui détermine leur nature, au point de vue du droit international privé.

Par cela même que ces servitudes sont d'intérêt général, les lois qui les créent concernent l'ordre public; il y a donc lieu d'appliquer l'article 6 du code civil, aux termes duquel il n'est pas permis de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public, en prenant cette expression dans son sens le plus large. Rien, en matière de servitudes d'utilité publique ne dépend de l'autonomie. La cour de cassation a jugé que l'ordonnance de 1669, par la nature et l'objet de ses dispositions est une loi de police générale. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un traité intervenu entre le duc de Mazarin et les usagers de la forêt de Mayenne; la convention était favorable aux usagers; néanmoins la cour l'annula, après un débat solennel devant les chambres réunies, quoiqu'il fût l'œuvre de Colbert : un traité contraire à l'ordre public doit être annulé (2).

Ce caractère des servitudes légales détermine aussi la nature du statut qui les régit. Elles sont territoriales de leur essence, et elles sont établies dans l'intérêt du terri-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VII, n° 173.
(2) Cassation, 1° décembre 1836.

toire, soit en général, soit dans quelques-unes de ses dépendances. Je prends comme exemple les servitudes les plus onéreuses : les servitudes militaires. C'est une charge qui pèse seulement sur certaines villes ; quoique locales en ce sens, elles sont essentiellement d'intérêt public, puisqu'elles ont pour objet la défense nationale. Qu'importe donc que la loi personnelle des propriétaires ne consacre pas ces charges? Personne n'a jamais songé à invoquer une loi étrangère contre une charge légale qui concerne la défense nationale. Il y a des motifs analogues pour toutes les servitudes légales ; l'intérêt public qui les a fait établir peut être plus ou moins important, parfois le législateur l'exagère : n'importe, l'intérêt privé doit se soumettre, ce n'est pas aux particuliers de décider ce qui est d'intérêt général. C'est l'avis unanime des auteurs (1). La question ne se discute même pas.

II. *Des servitudes légales d'utilité privée.*

a. De la mitoyenneté.

319. L'article 651 dit en parlant des servitudes d'utilité privée : « La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention. » L'article 1370 tient le même langage : « Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention ; les uns résultent de l'autorité seule de la loi : tels sont les engagements formés involontairement entre propriétaires voisins. » Toutes ces charges, dit l'article 649, ont pour objet l'utilité des particuliers.

On pourrait croire d'après cela que les servitudes légales d'utilité privé ont un tout autre caractère que celles qui sont établies pour cause d'utilité publique. Il y a sans doute des différences ; mais il ne faudrait pas en induire que les unes dépendent en tout de l'autonomie, tandis que les autres appartiennent au statut réel ; toutes les charges

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 96, suiv. Rocco, *Delle leggi delle Due Sicilie*, p. 123. Fiore, *Diritto civile internazionale*, p. 296. Brocher, *Droit international privé*, p. 212, n° 71.

que le code qualifie de servitudes légales sont liées au territoire, mais, pour en déterminer la nature, il faut considérer l'objet que le législateur a eu en vue, et les droits et obligations qui en résultent entre voisins.

320. La première servitude légale d'utilité privée, mentionnée par le code civil, est la *mitoyenneté*. On entend par là la copropriété, par portions indivises, d'un mur, d'un fossé, ou d'une haie, servant de séparation et de limite à deux héritages contigus. La mitoyenneté constitue donc une communauté; ce qui la distingue de la communauté ordinaire, c'est qu'elle entraîne une indivision forcée. Cela résulte implicitement de l'article 656. Le principe est généralement admis; il est donc inutile que j'y insiste. C'est un élément considérable dans notre débat : il s'agit de savoir si la mitoyenneté dépend de l'autonomie, comme toute copropriété; l'indivision qui en résulte est volontaire, d'après le droit commun, et les parties intéressées ne peuvent jamais s'interdire le partage de la chose commune. Quand un mur est mitoyen, au contraire, les communistes n'en peuvent pas demander le partage, il n'y a qu'un moyen pour elles de mettre fin à l'indivision, c'est d'abandonner le droit à la mitoyenneté.

Cela implique que la mitoyenneté a un tout autre caractère que l'indivision ordinaire. L'indivision, suite de la communauté, est vue avec défaveur, elle est une source de contestations, et les communistes ne tirent jamais de la chose commune l'avantage qu'un propriétaire intelligent et actif retire de sa chose. La mitoyenneté, au contraire, est favorable, à ce point que la loi permet à chacun, dans les villes et faubourgs, de contraindre son voisin à construire un mur mitoyen et à le réparer (art. 668); et elle permet encore à celui qui joint un mur de le rendre mitoyen malgré le propriétaire (art. 663). Quelle est la raison de cette faveur singulière, qui l'emporte sur la liberté de contracter? Les avantages que présente une clôture, même mitoyenne, sont si grands, que les inconvénients de l'indivision disparaissent. Dans les villes, c'est une condition de sécurité et de paix; dans les campagnes, ce motif n'existe pas, mais la clôture a toujours ce grand

avantage de délimiter les héritages et de prévenir les usurpations des voisins et leurs contestations, ce qui est aussi un intérêt général. On objectera que la clôture, quoiqu'elle soit la propriété exclusive de l'un des voisins, présente les mêmes avantages; mais les frais de terrain et de construction pourraient arrêter les propriétaires; en diminuant ces frais de moitié, la mitoyenneté écarte l'obstacle de la dépense.

Il suit de là que la mitoyenneté est d'intérêt général; cet intérêt est si grand, que le législateur le met au-dessus du motif d'ordre public qui a fait prohiber l'indivision forcée. En faut-il conclure que la mitoyenneté est essentiellement d'intérêt social, et, à ce titre, une dépendance du statut réel? Non; la mitoyenneté est aussi une copropriété, et la copropriété comprend deux éléments, qui par eux-mêmes ne sont pas réels, la propriété et une société ou communauté; or, la propriété et la société ou la communauté peuvent résulter d'une convention librement contractée, donc procédant de l'autonomie. La réalité n'intervient que dans les dispositions d'ordre public que la loi impose aux parties intéressées. En entrant dans les détails, il sera facile de distinguer ces deux sortes d'idées.

321. Comment s'établit la mitoyenneté? En principe, elle est volontaire, c'est-à-dire conventionnelle. En effet, un mur est mitoyen, lorsque deux voisins le font construire à frais communs, ce qui se fait par voie de convention. Le mur devient encore commun lorsque l'un des voisins l'a fait construire sur la limite de son fonds, et que l'autre en a acquis de lui la copropriété; cela se fait aussi par convention, en règle générale. Or toute convention procède de l'autonomie, ce qui exclut l'application de la doctrine des statuts. Les deux voisins qui établissent la copropriété d'un mur le font librement, à telles conditions qu'ils veulent, la loi n'intervient dans leurs conventions que pour les sanctionner.

Telle était la tradition dans les anciennes provinces de droit écrit, et tel est encore le droit commun dans les pays régis par les lois romaines. Il n'y a, d'après le droit romain, d'autre mitoyenneté que celle qui résulte des con-

trats librement formés. C'est l'application rigoureuse des principes qui régissent la propriété : tout propriétaire est maître absolu de sa chose ; libre à lui de céder la copropriété, mais on ne saurait l'y forcer. Dans cet ordre d'idées, il ne peut être question d'un statut réel, puisque le législateur n'impose rien aux parties intéressées ; il n'y a pas d'intérêt public en cause. La mitoyenneté dépend en tout de la volonté des voisins ; partant on applique les principes qui régissent les conventions. Si des Français possédaient des héritages dans un pays régi par le droit romain, pourraient-ils invoquer la loi française sur la mitoyenneté ? Non, en tant que la mitoyenneté est forcée ; car ce serait porter atteinte à une loi territoriale qui est d'ordre public, la loi qui consacre la liberté du propriétaire.

322. Dans les pays coutumiers, l'intérêt public qui s'attache à la clôture fit introduire une restriction au droit exclusif de propriété ; l'un des voisins pouvait forcer l'autre soit à construire un mur mitoyen, soit à lui céder la mitoyenneté d'un mur qui lui appartenait. Les auteurs du code civil ont adopté sur ce point les principes de la coutume de Paris ; ils considèrent la mitoyenneté comme un devoir de bon voisinage (1). Cela ne veut pas dire que la mitoyenneté soit nécessairement forcée. Rien n'empêche deux voisins de s'entendre, et de créer une mitoyenneté volontaire par voie de convention, et en tant qu'elle est volontaire, elle dépendra de leur autonomie ; la loi n'intervient que s'il y a un intérêt public en cause. Et en quoi consiste, dans l'espèce, l'intérêt de la société ? A ce qu'il y ait une clôture ; il ne peut pas dépendre des voisins qu'il n'y en ait point. Ainsi si deux propriétaires contigus stipulaient que le mur qu'ils construisent à frais communs ne sera pas un mur mitoyen, que ce sera une copropriété sans indivision forcée, cette convention ne serait pas valable, quand même la loi personnelle des propriétaires la permettrait. En effet, la loi veut, dans un intérêt public, que l'indivision résultant de la mitoyenneté soit forcée.

(1) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 11 (Locré, t. IV, p. 180, édition de Bruxelles).

Or, l'autonomie des parties s'arrête devant la loi territoriale, quand celle-ci est d'ordre public, ce qui est décisif.

Ainsi un seul et même droit, la mitoyenneté, peut dépendre tout ensemble de l'autonomie des parties, en tant que leur intérêt privé est seul en cause, et du statut réel ou territorial, en tant que l'intérêt public intervient. Les personnes étrangères au droit trouveront que c'est de la subtilité que de considérer la mitoyenneté comme un statut personnel à la fois et réel; mais le droit est subtil de son essence, il doit l'être s'il veut régir la variété infinie des relations civiles.

323. L'article 663 porte : « Chacun peut *contraindre* son voisin, dans les *villes* et *faubourgs*, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins, assis ès dites villes et faubourgs. » Il résulte de cette disposition que dans les campagnes chacun est libre de clore ou de ne pas clore ses héritages : c'est le régime du droit romain. Pourquoi la loi déroge-t-elle au droit commun dans les villes et faubourgs? Tronchet a dit, au Conseil d'Etat, que la clôture forcée a pour objet de garantir la *sûreté* des deux voisins (1). Or, la sûreté des personnes et des propriétés est plus exposée dans les villes que dans les campagnes, à raison de la proximité des habitations, de l'étendue de la population, et de l'importance des choses sujettes à être volées. Voilà pourquoi la hauteur du mur augmente à raison du chiffre de la population : plus la richesse mobilière est grande, plus il y a danger, et les garanties doivent croître avec les risques (1).

De là suit, d'abord que la clôture forcée est d'ordre public, et par conséquent les parties intéressées ne peuvent pas déroger à la loi. La convention par laquelle on stipulerait qu'il n'y aura pas de clôture, blesserait ouvertement l'ordre public, car elle revient à dire qu'on renonce à clore son héritage, quand même le défaut de clôture favoriserait les voleurs. Cela est décisif pour la nature du statut de la clôture forcée: dès que la loi est d'ordre public, l'au-

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, n° 23 (Locré, t. IV, p. 68, édit. de Bruxelles). Comparez Duranton, t. V, p. 330, n° 319.

tonomie est exclue; ce qu'une convention expresse ne pourrait pas faire, la soumission tacite à une loi étrangère ne le peut pas non plus. Le statut personnel cède devant le statut territorial, quand celui-ci est d'ordre public.

324. A mon avis, il en faut dire autant de la convention que des propriétaires régis par le droit romain feraient quant à la hauteur du mur mitoyen. L'article 663 dit que la hauteur du mur sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus; à défaut d'usage et de règlement, le mur doit avoir la hauteur déterminée par le code, laquelle varie d'après le chiffre de la population. Les propriétaires peuvent-ils déroger à cette disposition? Si la hauteur du mur est fixée par la loi, suivant le chiffre de la population, c'est qu'il se forme plus facilement des bandes de voleurs dans les grandes villes que dans les petites; donc la hauteur du mur est d'ordre public aussi bien que l'obligation de construire le mur. Vainement dirait-on que l'intérêt général est moindre; il n'y a pas de plus et de moins dans l'intérêt que la société a à prévenir les vols, et à donner la sécurité aux propriétaires.

325. L'article 661 porte: « Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen, en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. » Voilà une nouvelle dérogation à la liberté du propriétaire; d'après les principes romains, l'acquisition de la mitoyenneté devrait être volontaire; les auteurs du code ont donné la préférence à la tradition coutumière en considérant la mitoyenneté forcée comme une de ces obligations que la vie commune impose dans les villes; les terrains y sont très chers; si le mur contre lequel je veux bâtir a l'épaisseur et la hauteur nécessaires pour supporter une nouvelle construction, pourquoi me forcer à construire un second mur? Ce serait une perte pour moi, et toute perte que font les particuliers est une perte de richesse pour la société. Donc l'acquisition de la mitoyenneté, imposée aux voisins, est d'ordre public.

Cela est décisif pour la nature du statut; il est d'ordre public, et partant réel.

Le législateur n'a-t-il pas poussé trop loin la faveur qu'il accorde à la mitoyenneté? C'est mon avis; il viole la propriété, à force d'être favorable à la copropriété. Le motif que je viens de donner pour justifier l'acquisition forcée de la mitoyenneté implique que le propriétaire qui oblige son voisin à lui céder la mitoyenneté veut bâtir; c'est là l'intérêt qu'il a à acquérir la copropriété du mur, et cet intérêt est aussi un intérêt public. La coutume de Paris en faisait une condition de l'acquisition forcée de la mitoyenneté (art. 194). Les auteurs du code ont laissé de côté la condition, de sorte que, sans motif apparent, et fût-ce sans raison, le propriétaire peut forcer son voisin à lui céder la copropriété de son mur : c'est une expropriation pour cause d'utilité privée.

326. L'application de l'article 661 soulève une difficulté qui touche également à la nature du statut. On demande si la cession de la mitoyenneté, que le voisin peut exiger, est une vente. Il a été jugé par la cour de cassation que ce n'est pas une vente, parce que l'un des éléments essentiels manque, le libre consentement du voisin obligé de céder la copropriété de son mur. La cour en tire cette conséquence que les conditions et les effets de la copropriété du mur mitoyen sont réglés par les dispositions du titre des *Servitudes*, et non par celles du titre de la *Vente* (1). La conséquence serait grave, en ce qui concerne la nature du statut, c'est que le statut serait réel, puisque, dans la doctrine de la tradition française, on répute réelles toutes les dispositions concernant les servitudes; tandis que la vente, comme tous les contrats, procède de l'autonomie des parties contractantes. A mon avis, la décision de la cour est en opposition avec le texte de la loi et avec les principes mêmes qu'elle invoque. L'article 661 dit que tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le *rendre mitoyen*. Cette expression est synonyme de celle qui se trouve dans l'article 660, aux

(1) Rejet de la chambre civile, 17 février 1864

termes duquel le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement du mur mitoyen peut néanmoins en *acquérir la mitoyenneté*. Or celui qui *acquiert* la mitoyenneté l'*achète*, car il doit *payer* ou *rembourser* au maître du mur la moitié de sa *valeur* (art. 660 et 661). Voilà bien les éléments de la vente, une chose, un prix et le consentement. Qu'importe que le propriétaire du mur soit obligé de consentir? Il y a bien des cas dans lesquels le consentement du vendeur est forcé, ce qui n'empêche pas qu'il y ait vente. Celui qui est exproprié pour cause d'utilité publique est forcé de vendre; le code Napoléon et la Constitution belge disent qu'il est contraint de céder sa propriété; cependant on ne conteste pas qu'il vend et que le contrat est une vente. Il en est de même dans le cas de l'article 661.

327. La mitoyenneté est une copropriété. De là suit, dit Pothier, que « la communauté du mur mitoyen forme, entre ceux auxquels il appartient en commun, les mêmes *obligations* que pour la communauté des autres choses ». Chacun des voisins, continue Pothier, est obligé d'apporter à la conservation du mur mitoyen les soins que les pères de famille ont coutume d'apporter à la conservation de ce qui leur appartient. Si le mur était dégradé ou ruiné par la *faute* de l'un des communistes, il serait tenu de le réparer ou de le reconstruire (1).

Sont-ce là les principes qui régissent les servitudes? Non, certes : le propriétaire du fonds servant n'est pas tenu à faire; les obligations seules ont pour effet d'obliger le *débiteur* à faire. Il y a donc, en matière de mitoyenneté, un débiteur et un créancier; en effet, la communauté est une espèce de société; Pothier en traite, en expliquant le titre de la *Société*. Donc le statut procède de l'autonomie. Dès que l'intérêt général n'est plus en cause, les parties sont libres de régler leurs obligations comme elles l'entendent; elles peuvent adopter les règles qui se trouvent dans leur loi personnelle, de préférence à celles que le code français consacre; et elles peuvent s'y

(1) Pothier, *De la Société*, n° 219.

rapporter tacitement, ou en faire l'objet d'une convention expresse.

328. Ce que je dis des obligations qui naissent de la mitoyenneté est aussi vrai des droits qui en découlent. Il est de principe, dit Pothier, que la communauté d'une chose donne à chacun de ceux à qui elle appartient en commun le droit de s'en servir pour les usages auxquels elle est par sa nature destinée, avec ce tempérament néanmoins qu'il en doit user en bon père de famille et de manière qu'il ne cause aucun préjudice à ceux avec qui la chose lui est commune, et qu'il n'empêche pas l'usage qu'ils doivent pareillement avoir (1).

Quelle est la limite précise des droits que le copropriétaire peut exercer sur la chose commune? Il y a controverse sur ce point et doute. On demande s'il faut appliquer à la copropriété, et partant à la mitoyenneté, le principe qui régit la propriété, à savoir que l'un des voisins ne peut rien faire qui porte atteinte au droit de l'autre. Ou faut-il dire, avec Pothier, que nous devons user de la chose commune en bon père de famille et sans causer de *préjudice* à celui avec lequel elle nous est commune? Dans cette opinion, le communiste est responsable, par cela seul qu'il cause un *préjudice*, quand même il ne léserait aucun droit. En effet, les droits du copropriétaire sont moindres que ceux du propriétaire exclusif; il est en société avec un communiste, et la société impose des obligations, tandis que la propriété n'en impose aucune, sauf celle de respecter le droit d'autrui. Mais précisément parce que la restriction des droits du communiste résulte d'un droit d'obligation, il appartient aux parties intéressées de la régler comme elles l'entendent. Nous sommes de nouveau sur le terrain de l'autonomie, et non sur celui des servitudes.

Ainsi une seule et même servitude dite légale est régie tantôt par le statut réel, tantôt par le statut personnel, sans que l'on puisse dire qu'il y a contradiction ; les principes se mêlent nécessairement dans les faits de la vie,

(1) Pothier, *De la Société*, n° 207.

toujours complexes; il faut faire à chacun sa place, et non absorber l'un au détriment de l'autre.

b. Des vues et des jours.

329. On donne le nom de *vues* aux fenêtres ouvrantes; et on appelle *jours* les ouvertures qui servent seulement à éclairer la chambre, sans procurer au propriétaire une vue sur l'héritage du voisin, et de manière qu'il ne puisse rien jeter sur cet héritage. Quand le propriétaire peut-il pratiquer des *jours*, quand peut-il pratiquer des *fenêtres?*

Si le mur joint immédiatement l'héritage d'autrui, le propriétaire n'y peut ouvrir que des *jours* qui ont pour but unique d'éclairer les appartements (art. 677). Voilà pourquoi les jours doivent être à fer maillé et à verre dormant, c'est-à-dire construits de façon qu'on ne puisse les ouvrir et qu'ils ne donnent pas le moyen de voir sur le fonds contigu; pour la même raison, ils ne peuvent être établis qu'à six ou huit pieds au-dessus du plancher.

Quand le mur ne joint pas immédiatement l'héritage d'autrui, le propriétaire y peut pratiquer des vues ou fenêtres proprement dites, pourvu qu'il y ait une distance de six pieds entre le mur et l'héritage du voisin, s'il s'agit de *vues droites* ou fenêtres d'aspect, et de deux pieds, s'il s'agit de *vues obliques*. Les premières sont beaucoup plus gênantes pour les voisins; la loi les appelle des *fenêtres d'aspect*, pour marquer qu'elles servent essentiellement à regarder sur l'héritage contigu; or, le voisin a plus à redouter les regards indiscrets de celui qui voit droit sur sa propriété que de celui qui n'y peut jeter que des regards obliques.

Quand il n'y a pas une distance de six ou de deux pieds entre le mur et le fonds voisin, le propriétaire n'y peut pas pratiquer de *vues*, il n'y peut ouvrir que des *jours*.

330. Les auteurs du code ont suivi en cette matière le droit coutumier. En droit romain, on appliquait le principe que la propriété est un droit absolu et exclusif. Le propriétaire fait sur son fonds ce qu'il veut; il peut donc

pratiquer dans son mur telles ouvertures qu'il lui plaît, sans s'inquiéter si ces vues gênent ou non son voisin. Mais le voisin, de son côté, peut exclure de son fonds tous ceux qui y veulent pénétrer; il aura donc le droit de boucher les fenêtres ouvertes par l'autre propriétaire; car, dit le philosophe Xénocrate, « avoir fenêtre et vue droite sur le voisin, c'est autant que si l'on y avait les pieds ». Appliqué à la rigueur, le droit absolu de l'un des propriétaires neutraliserait le droit absolu de l'autre, et, par suite, la cohabitation dans les villes deviendrait impossible. Cela est si vrai que les Romains, pour rendre possible la vie commune, isolaient leurs maisons et en faisaient des *îles* : c'est le nom qu'elles portent dans les lois romaines. Dans nos villes modernes, cela serait absolument impraticable. Aussi nos coutumes n'ont-elles jamais admis la propriété absolue, souveraine, et ajoutons égoïste, du droit romain; elles y ont apporté des restrictions, comme je viens de le dire en parlant de la mitoyenneté. Ferrière dit que la coutume de Paris a pris un *tempérament* qui est *avantageux* à l'un des voisins et qui n'est *point incommode* à l'autre. Elle n'a pas accordé au propriétaire le pouvoir absolu que lui reconnaît le droit romain, de pratiquer dans son mur telles ouvertures qu'il lui plaît; ce droit serait une incommodité permanente pour le voisin. La coutume n'a pas non plus donné au voisin le droit d'exclusion absolu qui aurait empêché le propriétaire de la maison d'y pratiquer des ouvertures, et, par conséquent, rendre les villes inhabitables. Les coutumes transigèrent. La propriété subit des restrictions dans l'intérêt de la vie commune.

En ce sens, les dispositions du code sur les vues et les jours sont des servitudes, elles restreignent le droit de propriété dans l'intérêt du bon voisinage. Il ne s'agit pas d'un intérêt particulier, la civilisation est en cause, car les villes en sont le siége, il faut donc que la coexistence dans les villes soit possible; or, l'habitation même des maisons serait impossible si les propriétaires n'avaient le droit de pratiquer dans les murs de clôture des ouvertures qui leur procurent l'air et la lumière. Mais ces jours devront être

construits de manière à ne pas trop incommoder les voisins. En cela consiste le sage *tempérament* introduit par les coutumes et consacré par le code civil. Alors même qu'il y a une cour ou un jardin, ces terrains ne sont jamais assez étendus, là où il y a une population agglomérée, pour que les vues s'exercent exclusivement sur la propriété de celui qui les pratique dans son mur; de là la nécessité d'un nouveau tempérament. Une certaine distance prescrite par la loi devra être observée pour concilier le droit que l'un des voisins a de recevoir l'air et la lumière avec le droit qu'a l'autre d'exclure les regards qui porteraient sur son intérieur.

331. On voit quels grands intérêts sont en jeu dans les restrictions de la propriété que le code appelle servitudes légales. C'est une autre propriété que la propriété romaine; celle-ci absolue, souveraine, aboutissait à la guerre des voisins contre leurs voisins, elle eût rendu nos villes inhabitables. La propriété coutumière impose aux voisins des restrictions qui rendent la coexistence des hommes possible dans les villes. La conséquence qui en résulte pour la nature des statuts est évidente. La propriété coutumière est d'ordre public, c'est un intérêt social de premier ordre, puisque l'existence de la société et son perfectionnement sont en cause. Partant, le statut qui règle cette propriété est réel, il domine le statut des propriétaires étrangers qui appartiendraient à un pays de législation romaine. A chaque législateur appartient le pouvoir exclusif de réglementer la propriété, de manière qu'elle se concilie avec les exigences de l'ordre social; ici on peut appliquer le principe de l'article 3 du code civil. La souveraineté est en cause, et elle ne serait plus entière si une loi étrangère imposait au sol français une législation antisociale, en opposition avec la sociabilité française et avec les grands intérêts de la civilisation.

§ III. *Des servitudes personnelles.*

N° 1. PRINCIPE GÉNÉRAL.

332. Le code Napoléon ne prononce pas le mot de

servitudes personnelles; il est cependant certain que l'usufruit, l'usage et l'habitation sont des servitudes personnelles; la tradition et le texte du code ne laissent aucun doute sur ce point. Les auteurs du code civil, élevés et nourris dans la haine de la féodalité, auraient voulu bannir le mot de servitude du langage des lois; même dans les charges purement réelles, ils essayèrent d'y substituer le terme de *services fonciers*, qui figure dans l'intitulé de notre titre; l'usage prévalut.

Mais, au sortir d'une révolution qui s'était faite, au nom de la liberté et de l'égalité, contre les débris du servage féodal, le mot de servitude paraissait si révoltant, et surtout celui de servitude personnelle, que le législateur évita d'employer cette expression pour désigner l'usufruit, l'usage et l'habitation. Il est certain néanmoins que ces droits sont des servitudes.

333. Cela n'est pas sans importance en ce qui concerne la nature du statut qui régit les servitudes personnelles, notamment l'usufruit, la seule qui soit restée dans nos mœurs, bien qu'elle soit un fait assez rare. La répugnance que les auteurs du code civil montrent pour les servitudes personnelles pourrait faire croire que cette matière est en tout d'ordre public, et, par conséquent, une dépendance du statut réel; ce qui exclurait absolument l'autonomie des parties intéressées. Le texte du code prouve que les particuliers jouissent, en ce qui concerne l'usufruit, de la même liberté que dans tout ce qui regarde l'usage de la propriété, sauf quand les dispositions sont réellement d'ordre public.

L'article 579 dit que l'usufruit est établi par la volonté de l'homme. Cela implique que les parties sont libres de l'organiser comme elles l'entendent sans être liées par les dispositions du code civil. L'usufruit n'est pas d'ordre public. Sous ce rapport, les droits réels sont de même nature que les obligations; les particuliers ont pleine liberté de les établir et de les modifier comme ils l'entendent, car c'est dans leur intérêt exclusif que ces droits et obligations sont sanctionnés par le législateur. S'il formule les principes qui régissent les démembrements de la propriété et

les contrats, ce n'est pas pour imposer sa volonté aux parties, c'est pour prévoir quelle est leur volonté; il leur permet par cela même de manifester une volonté contraire. Est-ce à dire que tout, dans les droits réels, dépend de l'autonomie des parties, que rien n'est d'ordre public? Il faut appliquer aux servitudes personnelles ce que le code civil dit des servitudes réelles: la loi permet aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, toutefois avec une restriction, c'est qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public. Puis le code ajoute que l'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règle par le titre qui les constitue (art. 686). Ce principe reçoit son application aux servitudes personnelles; il est de règle que les deux espèces de servitudes sont soumises à la même loi, parce que ce sont des droits identiques.

Le code suit ce principe même pour l'usufruit légal qui tient cependant à l'ordre public, puisqu'il est accordé aux père et mère à raison de l'exercice de la puissance paternelle, laquelle est d'ordre public. Néanmoins la loi permet d'y déroger, en ce sens que le donateur ou testateur peut donner ou léguer des biens à l'enfant à condition que les père et mère n'en jouiront pas (art. 387). Le législateur respecte avant tout le droit des citoyens et la liberté qu'ils ont de disposer de leurs biens comme ils l'entendent.

334. Cela est décisif au point de vue des statuts. Ce qui appartient à l'autonomie est aussi, en un certain sens, une dépendance du statut personnel. Le pouvoir que les parties intéressées ont de régler leurs intérêts comme elles veulent leur permet de se soumettre à telle loi qu'elles veulent choisir, et avant tout à leur loi personnelle, de préférence à la loi territoriale. Cette soumission peut être expresse ou tacite. Ici la doctrine de Savigny sur la soumission volontaire à la loi que les parties veulent choisir reçoit son entière application. En ce sens, le domaine de l'autonomie est aussi celui du statut personnel. Ce n'est pas le cas d'appliquer l'article 3 du code Napoléon, quoique les servitudes aient pour objet des immeubles; le code dit bien que les immeubles appartenant aux étrangers sont

régis par la loi française; mais cela suppose que la loi commande ou prohibe; quand elle laisse pleine liberté aux particuliers de régler leurs intérêts, elle ne leur impose aucune règle, elle les constitue, au contraire, législateurs, et ce qu'elles voudront leur tiendra lieu de loi (art. 1134 et 1387). On ne peut pas opposer aux parties le statut territorial, puisque ce statut est hors de cause, à moins qu'il ne soit d'ordre public, c'est-à-dire d'intérêt social. C'est toujours là la grande difficulté de notre science : faire la part de la société, de ses droits et de ses intérêts, et faire la part des droits de l'individu. Je vais essayer ce travail pour les servitudes personnelles.

335. L'usufruit s'établit aussi par la loi (art. 579). Quelle est la nature du statut qui régit l'usufruit légal? Il faut distinguer les divers cas dans lesquels la loi l'établit. On cite quelquefois comme usufruit légal la jouissance des biens que le code donne à la communauté légale sur les biens propres des époux, ainsi que la jouissance que le mari a des biens de sa femme, sous le régime d'exclusion de communauté et sous le régime dotal. Cela n'est pas exact. Tous les régimes sont conventionnels. Il n'y a de légal que l'usufruit que la loi seule établit, indépendamment de la volonté des parties intéressées. Tel est l'usufruit dans les cas prévus par les articles 754 et 387.

Quand le défunt laisse des ascendants dans une ligne et des collatéraux dans l'autre, la succession se partage par moitié. Il en résulte une conséquence devant laquelle le législateur a reculé : c'est que le père ou la mère du défunt n'a droit qu'à la moitié des biens, alors qu'il concourt avec un collatéral du douzième degré, le plus souvent inconnu de celui à qui il succède. Pour corriger ce vice de la loi, l'article 754 donne au père ou à la mère survivant l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété. Cet usufruit légal étant une portion de l'hérédité, il y a lieu d'appliquer le principe qui régit la succession *ab intestat*, c'est-à-dire le statut réel. Au point de vue de la tradition, cela ne fait pas de doute : je renvoie à mon Etude sur les successions. Il y aurait bien des objections à faire contre la théorie traditionnelle.

C'est à raison du lien intime que la nature établit entre l'enfant et le père que la loi donne au père la jouissance du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété. Si la nature veut que le père ait une part plus grande qu'un collatéral maternel du douzième degré, ce cri de la nature ne devrait-il pas être écouté partout où le défunt laisse des biens? Je n'insiste pas; en théorie, le débat est vidé, et, en droit positif, le statut réel doit l'emporter. C'est l'opinion à peu près unanime des interprètes.

336. « Le père durant le mariage et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. » Quelle est la nature de ce statut? est-il personnel en ce sens qu'il dépend de la loi nationale du père? ou est-il réel, et dépend-il de la situation des biens? Je me suis prononcé pour la personnalité, dans mes *Principes de droit civil* (1), et dans le cours de ces Etudes (2). Je reviens sur la question, pour combattre l'opinion contraire, telle qu'elle est exposée dans l'excellent ouvrage de Story (3). Il faut entendre toutes les parties, afin de mettre le lecteur à même de juger et de décider.

Story, à sa manière, fait une enquête sur la tradition. Bretonnier disait que la question ne lui paraissait pas susceptible d'une grande difficulté, puisque la puissance paternelle est un droit personnel, et, par conséquent, ne peut être borné par aucun territoire. Bouhier était le grand défenseur de cette doctrine; Story ne lui consacre qu'une ligne; un de nos meilleurs jurisconsultes méritait une large place dans les notes que Story consacre aux juristes étrangers.

Les statutaires du dix-huitième siècle se prononcent presque tous pour la réalité du statut. Boullenois était favorable à la personnalité des statuts, mais il était arrêté par le respect qu'il professait pour les *sacrées coutumes*.

(1) Voyez le t. Ier de mes *Principes*, p. 145, n° 96.
(2) Voyez le t. II de ces Etudes, p 290, n° 157.
(3) Story, *Conflict of laws*, p. 572, §§ 455-463 *a*.

D'Aguesseau est traditionnaliste comme tous les jurisconsultes ; au lieu d'étendre le principe de la personnalité, il le restreint : il ne suffit pas, dit-il, qu'un droit soit établi à raison de motifs et de faits personnels, il faut que la loi ait pour objet l'état et la capacité de la personne ; or, l'usufruit des père et mère est absolument étranger à cet ordre d'idées. Cela paraissait décisif à l'illustre chancelier.

Merlin admet également la réalité du statut de l'usufruit légal en y ajoutant une réserve que j'ai fait connaître. Story trouve que l'argumentation de Merlin a une force et une clarté peu communes ; il transcrit en note un long passage de la dissertation du jurisconsulte français, pour être agréable à ses lecteurs, dit-il. J'en citerai le trait essentiel : « Que trouvons-nous dans la puissance paternelle? Trois choses. Premièrement elle détermine l'état des enfants, et à cet égard elle forme un statut personnel, qui suit les enfants partout. En second lieu, la puissance paternelle imprime, dans les enfants qui y sont assujettis, une incapacité de faire certains actes ; comme cette incapacité est la suite de leur état, elle les suit également partout, et influe sur tous leurs biens, quelle qu'en soit la situation. Troisièmement, la puissance paternelle donne au père, dans les pays de droit écrit et dans quelques coutumes, la jouissance des biens de ses enfants. Cette jouissance est, à la vérité, un accessoire de la puissance paternelle ; mais elle ne forme, dans les enfants, ni capacité, ni incapacité... Quel inconvénient y a-t-il à restreindre cette jouissance au territoire des lois ou coutumes qui l'accordent? Quoi! parce qu'un père jouira des biens que ses enfants ont dans une province, et qu'il ne jouira pas de ceux qu'ils ont dans une autre, l'ordre public serait troublé? Non, il n'y a pas en cela plus de trouble ni plus de confusion qu'à succéder à un défunt dans une coutume et à ne pas lui succéder dans une autre. »

337. Voilà l'argumentation qui a séduit Story : c'est la tradition dans toute son étroitesse. Les coutumes sont réelles ; il y a exception pour les statuts concernant l'état et la capacité des personnes ; or, l'usufruit légal n'a rien

de commun avec l'état de l'enfant, ni avec son incapacité, donc le statut qui le régit est réel. Est-il bien vrai que le statut de l'usufruit légal est étranger à l'état de l'enfant? Pour apprécier la nature d'une loi, il faut remonter à son origine. Story dit que chez les Romains l'enfant sous puissance commença par être sans droit aucun; il n'était même pas une personne; les biens qu'il acquérait devenaient la propriété du père. On commença par faire exception à ce droit barbare pour les biens que l'enfant acquérait par la guerre, au barreau, ou en exerçant un office civil : c'est ce qu'on appelait le pécule *castrense* et *quasi castrense*. Puis l'incapacité d'acquérir fut abolie; mais en enlevant au père la toute propriété des biens acquis par l'enfant, on lui en laissa la jouissance. Qu'est-ce donc que l'usufruit légal? Le dernier débris de l'incapacité absolue qui frappait l'enfant dans l'ancien droit romain; or, je pense que l'incapacité, malgré les transformations qu'elle subit, n'a pas changé de nature; que l'incapacité soit absolue, ou limitée, qu'importe? C'est toujours l'incapacité; donc le statut, personnel dans son principe, est resté personnel. Ce que Merlin ajoute est d'une faiblesse extrême. L'ordre public, dit-il, n'est pas blessé parce que le père jouit ici de l'usufruit légal et n'en jouit pas ailleurs. C'est mal poser la question. Pour qu'un statut soit réel dans le sens de l'article 3 du code civil, il faut que la souveraineté y soit intéressée : c'est l'explication de Portalis. Je suis donc en droit de demander quel intérêt la souveraineté a à ce que le père jouisse ou ne jouisse pas des biens de ses enfants? La souveraineté est hors de cause. La loi accorde l'usufruit au père pour le récompenser des soins qu'il donne à l'éducation de ses enfants. Ce motif n'est-il pas universel de sa nature? et si la cause dépasse le territoire, pourquoi en limiter les effets au territoire?

Story, après avoir exposé les opinions contraires des statutaires, ajoute que la *common-law* évite ces contradictions en déclarant réel le statut de l'usufruit, et, en général, toute loi concernant un droit dans les immeubles. Cette règle simple et uniforme prévient les difficultés qui embarrassent la doctrine des statuts, en excluant toute

invasion d'une loi étrangère, sous quelque prétexte que ce soit. La simplicité est-elle une chose aussi admirable que Story semble le croire? Le père français n'aura pas la jouissance des biens que l'enfant possède en Angleterre, parce que la loi anglaise ne connaît pas l'usufruit légal : la souveraineté anglaise serait compromise si la loi française produisait un effet quelconque sur un immeuble situé en Angleterre. Soit. Supposons maintenant un père anglais; la *common-law* ne lui donne pas la jouissance des biens de ses enfants, et elle a raison; mais si son enfant a des héritages situés en France, le père y aura l'usufruit légal, en vertu du code civil. Cette conséquence, devant laquelle Merlin reculait, est cependant très logique : le statut réel, c'est la souveraineté territoriale de la féodalité. Que la terre soit souveraine au dix-neuvième siècle, comme elle l'était au onzième, cela est déjà assez étrange. Ce qui est tout aussi étrange, c'est que le père anglais qui élève ses enfants en Angleterre reçoive en France une récompense pour avoir dirigé hors de France l'éducation de ses enfants, quand même cette éducation serait inspirée par une politique hostile à l'étranger; le législateur français récompensera le père anglais pour avoir appris à ses enfants à crier *french dog!*

338. Story termine en citant un *cas* qui a été décidé par le vice-chancelier d'Angleterre. Il faut l'entendre. Un mariage est célébré dans les Pays-Bas. Les parties dressent un contrat de mariage, dans la forme française, devant notaire; la femme dispose de ses biens, pour le cas où son mari lui survivrait. Les époux s'établissent ensuite en Angleterre et y ont des enfants. La femme meurt; une transaction attribue aux enfants un quart dans les fonds publics anglais que la défunte possédait. Le père réclame son usufruit légal, en se fondant sur ce que le mariage avait été contracté dans les Pays-Bas, régis par le code Napoléon, et c'est aussi dans les Pays-Bas que la transaction était intervenue. Le vice-chancelier décida que le père était sans droit : « Le code Napoléon, dit-il, qui donne l'usufruit aux père et mère sur les biens de leurs enfants est une *loi locale;* dès que les enfants se trouvent,

dans un pays où le droit français n'est pas en vigueur, l'usufruit légal cesse. » Par *loi locale*, le juge entend que le statut de l'usufruit légal est réel. C'est une affirmation; il fallait la prouver. Que dit le juge? « Les enfants n'ont jamais été soumis au code français; car ils sont nés en Angleterre, et ils y ont toujours conservé leur domicile; donc ils sont régis par la loi anglaise en ce qui concerne leurs biens mobiliers. » Le premier point est certain, les enfants nés en Angleterre de parents étrangers sont Anglais; d'après le code Napoléon, ils suivaient la nationalité du père, ils étaient donc Néerlandais, en supposant que leur père fût Néerlandais : c'est ce que Story ne dit point. Par quel statut était régie, dans cet état des faits, la puissance paternelle? Par la loi nationale du père ou par la loi nationale des enfants, et quelle était la loi nationale des enfants? Telles étaient les difficultés qui se présentaient dans l'espèce. Le juge anglais n'en dit rien. Il affirme de nouveau que la réclamation du père était fondée, non sur un contrat, mais sur une loi locale qui n'avait aucune force en dehors des Pays-Bas. C'est dire que le statut de l'usufruit est territorial, parce qu'il est territorial. S'il est vrai que les arrêts valent ce que valent les motifs, la décision du vice-chancelier est sans valeur aucune.

N° 2. L'USUFRUIT.

339. Au chapitre de l'*Usage* et de l'*Habitation*, on trouve les articles suivants : « Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le *titre* qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, *plus ou moins d'étendue* » (art. 628). « Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue de ces droits, ils sont réglés ainsi qu'il suit » (art. 629). Par *titre* le code entend un testament ou une convention (art. 579). Les articles 628 et 629 posent donc le principe que les parties peuvent régler les droits d'usage et d'habitation comme elles veulent; tout dépend de leur autonomie. C'est à la lettre la règle que le code civil établit pour le contrat de mariage : « La *loi* ne régit l'association conjugale, quant aux biens, *qu'à défaut de*

conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos (art. 1387). » Tel est le principe général en matière de conventions : elles tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 434); c'est dire que l'autonomie y règne en maîtresse.

L'article 579 dit la même chose de l'usufruit en posant le principe qu'il s'établit par la *volonté de l'homme*.

340. Ainsi il est décidé par le texte et par l'esprit de la loi que l'usufruit dépend de l'autonomie des parties intéressées. Leur volonté ne doit pas être expresse, elle peut être tacite. Quand l'usufruit est constitué par des Français, ils n'ont pas besoin d'écrire dans leur acte toutes les dispositions de la loi sur la matière; elles s'en rapportent au code civil, par cela seul qu'elles n'y dérogent point. Que faut-il décider quand des étrangers établissent un droit d'usufruit, sans s'expliquer sur l'étendue du droit? C'est une question d'intention. Si l'usufruit est établi par testament, on admettra facilement qu'il s'interprète par la loi nationale du testateur, la seule que d'ordinaire il connaisse, et à laquelle de fait il s'en rapporte tacitement. Peu importe que les biens soient situés en France; ce n'est pas la situation des biens qui détermine la volonté, sinon on aboutirait à cette conséquence absurde que le testateur est censé vouloir l'application d'une loi qu'il ignore. Si l'usufruit est constitué par contrat, et si les contractants appartiennent à la même nation, la même probabilité existe. La difficulté est plus grande quand les contractants appartiennent à des nations différentes régies par des lois diverses (1). J'y reviendrai au titre des Obligations, où est le siége de la matière.

341. L'autonomie des parties intéressées reçoit une exception. En parlant des servitudes établies par le *fait de l'homme*, le code Napoléon dit qu'il est permis aux propriétaires de constituer sur leurs propriétés tels services que *bon leur semble*, pourvu qu'ils n'aient rien de contraire à l'*ordre public* (art. 686). L'exception, à vrai dire, est une règle écrite dans l'article 6 : « On ne peut déro-

(1) Comparez Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 292 et suiv., nos 208 et 210.

ger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'*ordre public*. » Mais qu'est-ce que l'*ordre public?* En matière de droit privé, on entend d'ordinaire par ordre public l'état et la capacité des personnes; mais ainsi défini, l'*ordre public* n'a guère d'application aux servitudes réelles ni à l'usufruit. L'expression d'*ordre public* a encore une autre signification qui embrasse toutes les relations juridiques; elle est synonyme d'intérêt général. C'est en ce sens qu'on l'emploie dans la science du droit international privé; les règles qui concernent l'intérêt de la société forment des statuts, et ces statuts dominent toute loi personnelle qui y serait contraire (1).

Le principe n'est pas douteux, quoique les divers auteurs le formulent d'une manière diverse. Mais l'application présente de grandes difficultés. Qu'est-ce que l'intérêt général ou public en matière d'usufruit? Fiore est le seul auteur, à ma connaissance, qui se soit occupé de la question. Il y répond dans des termes qui sont presque aussi vagues que la question elle-même. « Les parties intéressées, dit-il, ne peuvent déroger aux lois qui concernent le *régime de la propriété* (2). » Qu'est-ce que le *régime de la propriété?* Le jurisconsulte italien ne le dit pas. Si l'on prend l'expression au pied de la lettre, elle comprend toutes les lois que le code civil contient sur la propriété et sur les démembrements de la propriété; ainsi entendues, les règles établies au titre de l'*Usufruit* seraient d'ordre public, et il en résulterait que ni les conventions des parties ni les lois étrangères ne pourraient jamais être opposées au code civil. Ce qui serait en contradiction avec le texte même du code. En effet, l'article 686, qui établit l'exception de l'*ordre public*, ajoute : « L'usage et l'étendue des servitudes établies par le fait de l'homme se règlent par le titre qui les constitue; à défaut de titre, par les règles ci-après. » Donc les *règles* formulées par le code Napoléon ne sont pas des lois imposées aux parties, elles reçoivent seulement leur application dans le silence du *titre* qui établit la servitude; la conséquence évidente est

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, nos 191-195.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 292.

que ces règles ne sont pas d'ordre public ; car, loin de défendre aux parties intéressées d'y déroger, la loi les y autorise. Il faut laisser là ces débats de pure théorie, pour arriver aux applications.

342. Fioré range dans l'exception d'ordre public la disposition du code concernant la durée des baux que l'usufruitier peut consentir. Aux termes de l'article 595, l'usufruitier peut jouir par lui-même ou donner à ferme à un autre. La loi ajoute que s'il donne à ferme, il est tenu de se conformer, pour les époques où les baux doivent être renouvelés et pour leur durée, aux règles établies pour les biens de la femme par les articles 1429 et 1430. D'après ces règles, le mari, administrateur et usufruitier des biens de la femme, peut donner les biens à bail, pour telle durée qu'il veut, mais lors de la dissolution de la communauté, les baux ne sont obligatoires pour la femme que pour la période de neuf ans dans laquelle le preneur se trouve. Le mari peut renouveler les baux trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et deux ans avant la même époque, s'il s'agit de maisons.

Ces règles dérogent à l'ancien droit et à la rigueur des principes, tels que les jurisconsultes romains les ont formulés. L'usufruitier, ayant le droit de jouir, peut naturellement donner à bail. Mais comme sa jouissance n'est que temporaire, il ne peut consentir un bail que pour la durée de son droit ; donc les baux qu'il consent devraient cesser lorsque son droit vient à cesser. Il résultait de là, et Pothier admet la conséquence, que le bail cessait de plein droit à la mort de l'usufruitier, et que le propriétaire, rentrant en jouissance, pouvait expulser le preneur. D'après le code Napoléon, au contraire, les baux faits par l'usufruitier obligent le propriétaire pour la période de neuf ans dans laquelle le preneur se trouve. L'ancienne doctrine, fondée sur la rigueur du droit, était contraire à l'intérêt des parties et à l'intérêt général. Le preneur ne pouvait pas compter sur l'exécution de son bail ; dans ces conditions, le fermier ne cultivera point avec le soin qu'il y mettrait s'il avait la certitude de profiter des améliorations qu'il fait, et le locataire ne fera pas les réparations

qu'il serait disposé à faire s'il était sûr d'en jouir. La société souffrait de cet état de choses, car il est de l'intérêt public que les biens soient cultivés avec soin, et que les maisons soient conservées en bon état. Il fallait donc permettre à l'usufruitier de consentir des baux obligatoires pour le propriétaire, après l'extinction de l'usufruit. Pour concilier tous les intérêts, le législateur permet à l'usufruitier de donner à bail, et maintient les baux pour une durée de neuf ans, ce qui donne satisfaction à l'intérêt général, et au droit du propriétaire.

Fiore dit que cette disposition tient au régime de la propriété et qu'à ce titre elle est d'ordre public (1). De là suit que le propriétaire, bien que régi par le droit romain qui lui permet d'expulser le preneur lors de l'extinction de l'usufruit, est obligé de maintenir le bail; il ne peut pas opposer sa loi personnelle à la loi territoriale. Et par le même motif il doit maintenir le bail s'il a été renouvelé par l'usufruitier aux époques fixées par le code civil, toujours avec cette restriction, que le propriétaire n'est jamais lié que pour une période de neuf ans, durée ordinaire des baux. Tel serait aussi mon avis. S'il ne s'agissait que d'intérêts privés, les parties auraient pu déroger à la loi territoriale, et par conséquent elles auraient pu s'en rapporter à la loi du propriétaire, de préférence à celle du territoire; mais l'intérêt de la société exigeant que le bail continue pendant une période de neuf ans, il faut décider que la loi territoriale d'ordre public domine l'autonomie et le statut personnel.

343. L'autonomie reprend son empire quand il s'agit d'intérêts privés. Aux termes de l'article 586, « les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit ». Le code ajoute que cette règle s'applique aux prix des baux à ferme comme aux loyers des maisons et aux autres fruits civils. Ceci est également une innovation. Dans l'ancien droit, les fermages étaient, à la vérité, considérés comme fruits civils, mais l'usufruitier n'y avait droit que

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 295.

lorsque le fermier avait perçu les fruits (1). Le code Napoléon assimilant les fermages aux fruits civils, l'usufruitier gagne jour par jour la 365e partie des fermages, comme il gagne journellement la même quotité des loyers.

Cette innovation tient-elle à l'ordre public, et constitue-t-elle un statut réel? Il faut demander aux auteurs du code la raison pour laquelle ils ont dérogé à l'ancien droit. « On a pensé, dit l'orateur du Tribunat, que l'usufruitier ayant converti son droit de percevoir les fruits en une rente, il fallait que cette rente subît le sort des loyers de maisons et des autres fruits civils (2). » C'est une raison logique; mais en mettant fin à une anomalie, le législateur en crée une autre, plus choquante encore. L'usufruitier cultive lui-même; il ne reste en possession que pendant un mois; il perçoit tous les fruits et il les gagne; s'il avait donné les biens à ferme, il n'aurait acquis qu'un douzième du fermage. Dans l'hypothèse inverse d'un usufruit durant onze mois, l'usufruitier cultivant lui-même n'aura rien si les récoltes se font après l'extinction de l'usufruit, tandis qu'il aurait eu les neuf douzièmes des fermages si les biens avaient été loués. Voilà les conséquences de l'innovation. Dira-t-on qu'elle tient au régime de la propriété? Il est certain qu'elle n'est pas d'intérêt public, car elle fait des droits de l'usufruitier une chance.

L'orateur du Tribunat donne encore un autre motif de l'innovation. Elle prévient, dit-il, les difficultés auxquelles donnait lieu la loi romaine, lorsqu'il y avait diverses natures de fruits se percevant en différents temps, tels que les grains et les raisins; ou lorsqu'une partie seulement des fruits étaient recueillis; dans ces cas, il fallait déterminer par une ventilation les portions du prix du bail à répartir entre l'usufruitier et le propriétaire ou ses héritiers. C'est une assez mauvaise raison; les difficultés ne manquent jamais en droit, ce n'est pas un motif pour sacrifier les vrais principes au désir de prévenir les contestations; il y a une considération supérieure à cette équité banale, c'est la justice.

(1) Pothier, *Du Douaire*, n° 204.
(2) Gary, *Discours*, n° 8 (Locré, t. IV, p. 138, édit. de Bruxelles).

Ma conclusion est que l'article 586 est étranger à l'ordre public; c'est une disposition qui concerne exclusivement les intérêts des parties, usufruitier et nu propriétaire. Donc les parties y peuvent déroger expressément par leurs conventions, et tacitement en adoptant leur loi personnelle comme règle de leurs droits. Si l'usufruitier et le propriétaire appartiennent à un pays de droit écrit, ils peuvent s'en rapporter au droit romain qui recevra, dans ce cas, son application, non comme loi, mais comme convention des parties. Si les deux parties étaient régies par des lois diverses, la difficulté serait grande de savoir laquelle des lois les parties ont entendu suivre. J'y reviendrai au titre des Obligations.

344. Fiore range encore parmi les lois d'ordre public la disposition qui règle les droits de l'usufruitier sur les bois (1). Je commence par rappeler les principes que le code Napoléon a consacrés. L'usufruitier n'a pas droit aux bois de haute futaie, à moins qu'ils ne soient aménagés (art. 591 et 592). Ainsi la haute futaie n'est pas considérée comme un fruit. Quelle est la raison de la différence que la loi établit entre la futaie et la haute futaie? L'usufruitier doit jouir comme le propriétaire; or, la haute futaie est, en général, un ornement du fonds; le propriétaire ne l'exploite pas, comme il fait d'un bois; donc l'usufruitier ne peut pas le faire. Mais si le propriétaire exploite la haute futaie, il la considère comme un fruit, partant l'usufruitier y a droit.

On demande quelle est la nature de ces dispositions? Tiennent-elles au régime de la propriété, et sont-elles, à ce titre, d'ordre public ou d'intérêt général? Il est certain que le principe fondamental, en cette matière, est de pur intérêt privé. C'est la volonté du propriétaire qui décide si la haute futaie est un fruit ou non; le régime de la propriété n'a rien de commun avec les goûts du propriétaire des bois. Il lui convient de conserver ou de ne pas conserver la haute futaie pour l'ornement de son fonds : tout dépend de son autonomie; et ce que le propriétaire peut

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 295.

faire comme donateur ou testateur, il est évident que les parties intéressées pourraient le faire par contrat à titre onéreux. Donc l'intérêt de la société n'est pas en cause. En principe, l'usufruitier doit jouir comme le propriétaire, mais rien n'empêche les parties intéressées de disposer ou de stipuler que l'usufruitier jouira à sa guise, pourvu qu'il jouisse en bon père de famille. C'est donc une question d'autonomie, et partant elle peut dépendre du statut personnel si les parties s'y réfèrent (1).

345. Il y a une question plus délicate. L'usufruitier peut-il faire des changements dans le mode de jouissance? Que peut-il faire, que ne peut-il pas faire? Il y a deux principes en présence et en conflit dans cette matière, le principe romain et le principe coutumier. Les jurisconsultes romains s'en tiennent au droit strict du propriétaire; Pothier, que l'on est étonné de trouver partisan de la subtilité romaine, pose le principe en ces termes : « L'usufruitier ne peut pas changer la *forme de la chose*, le propriétaire seul a ce droit. Il en est ainsi quand même la nouvelle forme donnerait un plus grand revenu; s'il a le droit d'améliorer l'héritage, c'est sous la condition qu'il ne change pas la forme (2). »

Domat s'écarte, en cette matière, de la rigueur romaine : l'usufruitier peut améliorer, dit-il, mais il ne peut faire de changement qui empire la condition du propriétaire. Telle était la jurisprudence. Bourjon, dans son *Droit commun de la France* (t. II, p. 29), abonde dans les idées de Domat. Il permet à l'usufruitier de faire tous les changements qui ne diminuent pas le revenu ordinaire du fonds.

Quel principe le législateur français a-t-il suivi? Il ne prévoit pas la difficulté; et la doctrine est divisée sur la pensée de la loi. Tout ce que l'on peut affirmer, c'est que l'intérêt public est absolument hors de cause dans ce débat. Que dis-je? Les parties pourraient faire ce qui serait évidemment contraire à l'intérêt de la société, en maintenant à l'état de bruyère un terrain jadis boisé; donc tout dé-

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. VI, n° 445.
(2) Pothier, *Du Douaire*, n°s 214 et 217.

pend de leur autonomie, poussée jusqu'au caprice. A plus forte raison, peuvent-elles s'en rapporter à leur loi personnelle; les lois ne sont jamais aussi capricieuses que l'est la volonté de l'homme.

346. En disant que l'usufruit est établi par la *volonté de l'homme*, l'article 579 entend parler des *obligations* de l'usufruitier aussi bien que de ses *droits;* la loi ne les règle que dans le silence des parties. Il suit de là que les parties peuvent déroger aux dispositions du titre de l'*Usufruit* qui concernent les obligations de l'usufruitier. L'article 605 porte que l'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien; les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire. Les parties pourraient disposer ou stipuler que l'usufruitier devra faire toute espèce de réparations, ou qu'il ne sera tenu d'aucune réparation. Par contrat de mariage, l'un des conjoints avait donné à l'autre l'usufruit d'un bien, en ajoutant que l'usufruitier serait dispensé de faire les réparations, même d'entretien. Aucun débat ne s'éleva sur la validité de la clause; on discuta seulement sur le point de savoir si l'usufruitier pouvait forcer le nu propriétaire à faire lesdites réparations. En principe, le nu propriétaire n'est pas tenu de faire, il doit seulement laisser faire; mais les parties pourraient stipuler le contraire, puisqu'elles peuvent déroger au code civil en tout ce qui ne concerne pas l'ordre public (1).

347. Aux termes de l'article 600, l'usufruitier ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit; et il doit donner caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit. La loi dispense elle-même de cette obligation les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants ainsi que le vendeur ou le donateur sous réserve d'usufruit (art. 600 et 601).

Ces dispositions appliquent le principe que je viens de rappeler (n° 345) : le titre peut déroger aux obligations que la loi impose à l'usufruitier, quand ces obligations

(1) Domat, *Lois civiles*, livre Ier, titre XI, sect. Ire, art. 9.

sont d'intérêt privé, il ne peut pas le dispenser de celles qui sont d'ordre public. Le cautionnement est prescrit dans l'intérêt du propriétaire; le testateur peut donner la toute propriété des biens au légataire, à plus forte raison peut-il lui donner l'usufruit, en le dispensant de l'obligation de fournir caution. Il n'en est pas de même de l'inventaire. La loi le prescrit pour empêcher les soustractions que l'usufruitier pourrait commettre. Dispenser l'usufruitier de faire inventaire, et défendre au nu propriétaire d'y procéder, ce serait favoriser la mauvaise foi et le vol (1).

348. On voit par là quel est, en cette matière, le domaine de l'autonomie, et par suite, du statut personnel. La volonté des parties est la règle; le code le dit, l'usufruit peut être établi par la *volonté de l'homme*. C'est donc aux parties de régler leurs obligations. De là suit qu'elles peuvent s'en rapporter à leur loi personnelle, qui leur tiendra lieu de convention, ou, s'il y a lieu, de dernière volonté, selon que l'usufruit est constitué par contrat ou par testament. Mais la loi personnelle de même que les conventions sont dominées par la loi territoriale, quand celle-ci est d'ordre public; telle serait la loi qui permettrait au testateur de dispenser l'usufruitier de faire inventaire : les parties ne pourraient pas se prévaloir de cette loi en France, puisque les articles 6 et 686 prohibent cette clause, et par conséquent l'emportent sur la loi personnelle qui l'autorise.

349. « L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et autres qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits » (art. 608). Comme l'usufruitier perçoit tous les fruits, il est juste qu'il soit tenu des contributions qui se prélèvent sur les fruits; c'est lui qui est porté au rôle des contributions. Le titre ne pourrait pas déroger au droit de l'Etat, car les impôts sont établis dans un intérêt public; mais rien n'empêche les parties de disposer ou de stipuler que l'usufruitier aura un recours de ce chef contre le nu propriétaire; cette clause ne con-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VI, nos 497 et 513.

cerne que l'intérêt privé. Ce qui dépend de leur autonomie dépend aussi de leur statut personnel, en ce sens qu'elles peuvent s'en rapporter à ce statut. Mais si la loi nationale réglait les contributions d'une manière différente, le statut territorial l'emporterait.

Il y a des charges qui sont imposées sur la propriété, c'est-à-dire sur le capital. Telles sont les contributions de guerre; elles ne sont pas levées sur le revenu, celui qui les impose entend frapper la propriété même : c'est une rançon que les propriétaires payent pour racheter leurs terres qui, par le droit du plus fort, appartiennent au vainqueur. Il en est de même de l'impôt forcé; quand l'Etat y recourt, c'est parce que l'imposition du revenu ne suffit point pour faire face à des besoins extraordinaires. Lorsque la propriété est démembrée et que l'usufruit en est détaché, les deux éléments du capital doivent contribuer à la charge : l'usufruitier, ayant la jouissance, la supportera quant aux intérêts : le nu propriétaire, ayant le fonds, la supportera quant au capital (art. 609). Il va sans dire que le titre ne peut déroger au droit de l'Etat; mais il peut régler, comme les parties le jugent convenable, leurs intérêts privés, et, partant, les parties peuvent s'en rapporter à leur statut personnel, mais le statut personnel sera dominé par le statut territorial en ce qui concerne les droits de l'Etat.

350. L'usufruit peut être constitué en faveur d'une personne dite civile. Quand s'éteindra-t-il? Hors le cas très rare où les corporations sont supprimées, elles ne meurent point. Le législateur a donc dû fixer un terme à la durée de l'usufruit qui leur appartient, afin que la jouissance ne soit pas perpétuelle, ce qui rendrait la propriété inutile. Le code Napoléon le limite à trente ans (art. 619), durée moyenne de la vie des hommes. Il y avait une autre opinion en droit romain, d'après laquelle l'usufruit durait cent ans, terme le plus long de la vie humaine. La disposition du code est d'ordre public à tous égards; les corporations étrangères ne pourraient pas invoquer la loi qui les a créées pour réclamer la durée de cent ans, pour un usufruit dont elles jouiraient en France. Les

parties ne pourraient pas déroger au code civil, partant la loi territoriale domine la loi étrangère (1).

N° 3. DROITS D'USAGE ET D'HABITATION.

351. L'article 628 porte : « Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue. » Il suit de là, d'abord que les parties peuvent déroger aux règles du code civil. C'est le principe de l'autonomie ; il faut, par conséquent, appliquer au droit d'usage ce que je viens de dire de l'usufruit. L'analogie entre les deux droits est grande; l'usage est un usufruit limité aux besoins de l'usager, c'est-à-dire un usufruit véritable, moins l'étendue. Sous le rapport de l'autonomie et, partant, du statut, il y a identité complète. Il reste à voir quelles sont les dispositions d'ordre public auxquelles il n'est pas permis de déroger, et qui, par conséquent, dominent tout statut personnel.

L'article 628 donne lieu à une première question qui est capitale. Le code civil proscrit les servitudes personnelles (art. 686), à l'exception de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. Comment faut-il entendre cette exception? Est-elle de stricte interprétation, de sorte qu'il ne soit pas permis aux parties intéressées de stipuler un droit autre que celui que le code a consacré? La question ne se présente que pour le droit d'usage, parce qu'il est susceptible de toutes sortes de modifications. On admet généralement, et avec raison, que toutes ces modifications sont valables, bien que le droit d'usage qui en résulte n'ait plus rien de commun avec celui que le code civil a établi. L'article 628 ne dit pas que l'usage que les parties peuvent établir doive être l'usage tel que le code l'organise, sauf avec des modifications; il dit en termes absolus que c'est le titre qui règle le droit d'usage; donc il dépend des parties de détacher de la propriété toute espèce d'usage pour en faire une servitude personnelle.

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. VIII, nos 51 et 53.

Ce principe a une conséquence très importante, en matière de statuts. Si les parties peuvent, par leurs conventions, établir un droit d'usage autre que celui du code civil, elles peuvent aussi le faire en s'en rapportant à leur loi personnelle. Dès que l'autonomie est admise, il faut admettre aussi l'autorité des lois étrangères, car celles-ci ne reçoivent leur application qu'à titre de convention. Il n'y a qu'une limite à l'autonomie, c'est l'ordre public. C'est l'expression du code (art. 686); elle est vague, et elle prête à l'arbitraire. Il n'y a qu'un moyen d'en diminuer le danger, c'est d'entrer dans le détail des difficultés qui se présentent dans l'application, comme je l'ai fait dans le cours de ces Etudes. Pour le droit d'usage, ces difficultés ne sont que de théorie. Le droit d'usufruit est rare dans nos mœurs, et le droit d'usage plus rare encore. A quoi bon imaginer des conflits qui ne se présenteront jamais dans la pratique?

352. Le droit d'usage, tel qu'il est organisé par le code Napoléon, est d'ordinaire un acte de bienfaisance; voilà pourquoi il est limité aux besoins de l'usager. Les aliments donnés ou légués ont le même but. Mais les deux droits diffèrent entièrement quant aux principes qui les régissent; l'usage est un droit réel, tandis que la donation ou le legs d'aliments ne confère au donataire ou au légataire qu'une créance contre le débiteur des aliments. De là découle une conséquence qui intéresse le droit international privé. L'usage est le plus souvent constitué sur des immeubles; dans ce cas, c'est un droit réel immobilier, et partant il doit être transcrit pour avoir effet à l'égard des tiers, s'il est constitué par acte entre-vifs (loi hyp. belge, art. 1er). Or, la transcription est d'intérêt public, et forme, par conséquent, un statut réel. Il va sans dire que l'usage devient un acte solennel s'il est établi par donation ou par testament (1).

Quand le droit d'usage est un acte de bienfaisance, on doit interpréter l'acte par le statut personnel du testateur ou du donateur. En effet, le disposant, s'il est étranger, a

(1) Voyez plus haut, nos 292-295.

en vue, non la loi territoriale de la situation des biens, mais la loi qu'il connaît, donc sa loi nationale. Et, dans l'espèce, il s'agit d'une question d'intention, puisque les parties intéressées peuvent régler le droit d'usage comme bon leur semble.

353. Il y a des droits d'usage qui ont un tout autre caractère. Le code civil dit que l'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières (art. 636). Cet usage consiste d'ordinaire dans le droit accordé aux habitants d'une commune de prendre dans une forêt le bois nécessaire pour leur chauffage, parfois pour la construction ou la réparation d'une maison.

Ces droits remontent au moyen âge ; pour peupler leurs domaines, les seigneurs accordèrent des avantages aux habitants, droits qui pourvoyaient à une partie de leurs besoins. L'origine de l'usage forestier, son but, son caractère, sont réels et territoriaux. Ces usages nous font comprendre l'adage traditionnel qui joue un si grand rôle dans notre science, à savoir que toute coutume est réelle : pour les seigneurs, la terre était le principe de leur domination : pour les classes dépendantes, le sol était le principe de leur vie. Mais on voit aussi quel immense anachronisme il y a à appliquer à notre état social, une règle qui suppose que le sol donne la souveraineté, et que l'asservissement à la glèbe donne des moyens de subsistance.

354. L'usage diffère en un point essentiel de l'usufruit: aux termes de l'article 631, l'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre; tandis que l'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à ferme, ou même vendre ou céder son droit à titre gratuit (art. 595). Quelle est la raison de cette différence qui existe entre des droits identiques? On dit que le droit d'usage ayant pour objet d'assurer la subsistance de l'usager, le meilleur moyen d'atteindre ce but est de lui défendre de transmettre son droit à un tiers. Domat dit que le droit d'usage, s'il passait à un autre, pourrait devenir plus onéreux ou plus incommode au propriétaire. Les raisons, telles quelles, que l'on donne de la personnalité du droit d'usage, en dé-

terminent le caractère; il est d'intérêt privé, l'ordre public n'y entre pour rien; partant il est permis d'y déroger, et la dérogation peut résulter du statut personnel des parties intéressées, auquel celles-ci peuvent s'en rapporter par leur volonté expresse ou tacite (1).

§ IV. — *L'emphytéose* (2).

355. Quelle est la nature du statut qui régit l'emphytéose et la superficie? Savigny répond que le statut est réel; c'est l'opinion universelle, dit-il. La seule raison qu'il en donne, c'est que ces droits ne peuvent être établis que sur des immeubles (3). C'est le fondement du vieux réalisme qui date de la féodalité. Que tel soit l'avis des Anglo-Américains, je le comprends, puisque la *common-law* est féodale, mais les Allemands répudient la doctrine traditionnelle des statuts; dès lors avant d'affirmer que l'emphytéose dépend du statut réel, ne fallait-il pas examiner la nature de ce droit? Ce droit a changé plusieurs fois de caractère : l'emphytéose n'a plus aujourd'hui l'objet qu'elle avait chez les Romains, bien moins encore est-elle un droit à moitié féodal, comme elle l'était au moyen âge. Je vais entrer dans quelques détails historiques; la chose est absolument nécessaire, si l'on veut se faire une idée exacte de l'emphytéose.

356. L'emphytéose a été établie dans la décadence de l'empire romain. C'était plus que de la décadence, c'était de la décrépitude. La population décroissait, les maisons tombaient en ruine, faute d'habitants, les champs restaient incultes, parce qu'il n'y avait plus de cultivateurs. On ne trouvait plus de fermiers pour cultiver les terres en friche. Cependant il en aurait fallu plus que jamais, puisqu'il n'y avait plus de petits propriétaires. On connaît le cri de détresse de Pline : « Les *latifundia* ont ruiné l'Italie, ils sont en train de ruiner les provinces. » C'est

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. VII, nos 113 et 115.
(2) Il y a sur les droits d'emphytéose et de superficie deux lois belges du 10 janvier 1824.
(3) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 189.

dans cet état de choses que l'on imagina l'emphytéose pour attirer des cultivateurs.

L'emphytéose romaine tenait à un mal social, le plus grave de tous, le dépérissement de la société : c'était une tentative pour repeupler les campagnes et pour empêcher le monde romain de mourir d'inanition. A ce point de vue, il est d'évidence que l'emphytéose formait un statut réel, car s'il y a un intérêt social, c'est que la société existe et se conserve. Il manquait de bras pour cultiver les terres; on croyait qu'on attirerait des cultivateurs en leur assurant, à titre de droit réel, une jouissance plus étendue que celle du fermier, et même de l'usufruitier. C'était une nouvelle espèce de propriété que l'on créait. Cujas et Doneau disent que l'emphytéote a un *quasi-domaine*, en ce sens qu'il exerce à peu près tous les droits qui appartiennent au propriétaire. Ainsi considérée, on peut dire que l'emphytéose romaine est une constitution spéciale de la propriété, et qu'à ce titre elle dépend de la loi territoriale. Est-il nécessaire d'ajouter que notre état économique n'est plus celui de l'empire romain? Si l'emphytéose n'était pas un droit traditionnel, certainement on ne l'imaginerait plus. Le louage suffit à nos besoins économiques. Tout a donc changé; dès lors il faut laisser de côté les idées romaines.

357. Au moyen âge, l'emphytéose changea de caractère ainsi que la propriété. Sous l'influence des idées féodales, le droit du propriétaire se morcela; chaque chose eut pour ainsi dire deux maîtres, car il n'y avait pas de terre sans seigneur. Le seigneur avait la propriété honorifique, le domaine qui conférait la souveraineté, tout baron étant roi dans sa baronnie. Quant aux droits utiles que confère la propriété, ils appartenaient au vassal qui possédait la terre et la cultivait. L'emphytéose, sous l'empire des idées dominantes, se confondit avec le fief. Elle en avait les apparences. Le bailleur était propriétaire incontestable; en reconnaissance de son droit de propriété, il touchait une redevance semblable au cens féodal. L'emphytéote aussi avait une espèce de domaine; on lui permettait d'aliéner et d'hypothéquer; il avait la pleine

jouissance du fonds emphytéotique. De là l'opinion commune que le contrat d'emphytéose partageait la propriété entre le bailleur et l'emphytéote, le premier conservant le domaine direct, et le second acquérant le domaine utile (1). Au point de vue de la nature du statut, la conséquence est évidente : l'emphytéose comme le fief est une constitution particulière de la propriété, dépendante du statut réel. La féodalité, qui réalise tout, réalisa aussi l'emphytéose.

358. La féodalité civile survécut à la féodalité politique, et la propriété féodale se maintint jusqu'à la révolution. Il en fut de même de l'emphytéose. Domat admet le partage de la propriété entre le bailleur et l'emphytéote. Cette distinction devint le caractère essentiel de la théorie traditionnelle de l'emphytéose; par une singulière confusion d'idées, on la rapporta au droit romain (2). Si tel était le caractère de l'emphytéose, il faudrait décider sans hésiter qu'elle est une dépendance du statut réel, de même que la réalité du fief ne saurait être douteuse. Or la jurisprudence de la cour de cassation de France a consacré la doctrine d'un partage de la propriété entre le bailleur et l'emphytéote, ce qui paraît décisif (3).

Les anciens légistes se sont trompés et à leur suite la cour de cassation. Dès le seizième siècle Doneau a prouvé l'erreur (4). Le bailleur est propriétaire; les jurisconsultes et les constitutions impériales ne lui donnent jamais d'autre nom. Or, si le bailleur est propriétaire, il est impossible que l'emphytéote le soit : il ne saurait y avoir deux propriétaires d'une seule et même chose, le droit absolu de l'un excluant nécessairement le droit absolu de l'autre. Sans doute, le bailleur n'a plus la propriété entière du fonds; l'emphytéote a un droit dans la chose, donc celle-ci est démembrée. Mais n'en est-il pas ainsi de tout droit réel qui démembre la propriété? Les droits détachés de la

(1) Boutain, *Commentaire sur les Institutes* de Justinien, livre III, tit. XXIV, § 3. Pothier, *Traité de la Propriété*, n° 3.

(2) Voyez les témoignages dans mes *Principes de droit civil*, t. VIII, n° 343.

(3) Cassation, 26 juin 1822 (Sirey, 1822, 1, 99, de la Nouvelle collection.

(4) *Donelli commentaria*, lib. IX, cap. XIV, §§ 26-29.

propriété n'empêchent pas que la propriété continue à appartenir au maître. Tel est l'usufruit, telle est aussi l'emphytéose.

La loi belge de 1824 consacre ces principes; elle reconnaît formellement la propriété au bailleur, et elle ne donne à l'emphytéote qu'un droit réel dans un fonds appartenant à autrui; il n'est plus question, ni de domaine direct, ni de domaine utile (1). Ainsi l'emphytéose reste dans le droit commun.

359. L'emphytéose étant un droit analogue à celui de l'usufruitier, il faut dire qu'elle dépend de l'autonomie des parties intéressées, et, en ce sens, du statut personnel. Je renvoie à ce que j'ai dit des droits réels et de l'usufruit (nos 293, 339, 340). L'autonomie ainsi que la réalité ont leurs limites : elles s'arrêtent devant l'ordre public. Il nous faut donc voir quelles sont les règles de l'emphytéose qui tiennent à l'intérêt général. La loi belge sur l'emphytéose nous le dit; l'article 17 est ainsi conçu : « Les dispositions du présent titre n'auront lieu que pour autant qu'il n'y aura pas été dérogé par les conventions des parties, sauf la disposition de l'article 2. » L'article 2, le seul auquel il ne soit pas permis de déroger, porte : « L'emphytéose ne pourra être établie pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf ans, ni au-dessous de vingt-sept ans. » Les dispositions auxquelles il est permis de déroger sont par cela même d'intérêt privé. La conséquence est évidente : l'emphytéose reste dans le domaine de l'autonomie, donc les parties peuvent la soumettre à leur statut personnel. La loi ne fait qu'une exception pour la durée du bail emphytéotique. Dans l'ancien droit, l'emphytéose pouvait être établie à perpétuité; elle était même censée perpétuelle si, par une clause expresse, elle n'était stipulée temporaire. Les lois portées après la révolution de 1789 abolirent la perpétuité de toute espèce de concessions; elles maintinrent l'emphytéose temporaire faite pour quatre-vingt-dix-neuf ans (2).

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 421, § 2.
(2) Loi des 18-29 décembre 1790, art. 1er.

360. On fera des objections. L'emphytéose, dira-t-on, tient à l'intérêt de l'agriculture, le nom même qu'elle porte prouve qu'elle a été établie pour améliorer les terres. Telle était, en effet, l'emphytéose romaine. Domat disait encore que l'emphytéote avait le droit de jouir et disposer de l'héritage à perpétuité, à charge de l'améliorer; toutefois, il reconnaissait que l'obligation d'améliorer n'était plus une condition essentielle de l'emphytéose. La loi belge a consacré cette innovation: aux termes de l'article 5, l'emphytéote *peut améliorer* l'héritage par des constructions, des défrichements, des plantations. Ainsi l'obligation est devenue un droit. Dès lors on ne peut plus invoquer l'intérêt de l'agriculture, à titre d'intérêt général. La culture se fait, dans les Flandres, par des fermiers; et on ne voit pas que les terres affermées soient moins bien cultivées que les terres données à emphytéose.

De là la question de savoir si l'emphytéose doit être maintenue à côté du bail à ferme. Elle divise les légistes ainsi que les économistes (1). Ces débats ne prouveraient-ils pas que l'emphytéose n'a point l'importance que quelques écrivains y attachent? On ne discute pas l'utilité de ce qui est utile. Les baux emphytéotiques ont pris naissance à une époque de décadence universelle : c'est parce qu'on ne trouvait pas de fermiers que l'on chercha des emphytéotes. Au moyen âge, l'immensité des domaines du clergé et de la noblesse nécessita la division de la propriété. Donc l'emphytéose accompagne toujours un état anomal de la propriété foncière. Dans l'ordre régulier des choses, le bail suffit.

361. Qu'importe? dira-t-on. En supposant même que ce soit un dernier débris d'une tradition qui s'en va, toujours est-il qu'il faut le prendre tel qu'il est, en tenant compte de la tradition. On en conclura qu'il y a lieu d'appliquer aux biens donnés à emphytéose le principe établi par le code civil : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » Est-il vrai que cette règle est absolue? Quand on parle du statut

(1) Voyez les témoignages dans mes *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 429, n° 345.

réel, on entend une loi qui commande ou qui prohibe, et qui, par conséquent, s'impose aux parties intéressées. Est-ce que tel est le caractère de la loi sur l'emphytéose? La loi belge dit tout le contraire; elle permet de déroger à toutes ses dispositions, sauf celle qui concerne la durée du bail. Encore cette unique exception a-t-elle été retranchée par le code des Pays-Bas. Comment veut-on que les biens soumis à l'emphytéose, et appartenant à des étrangers, soient régis par la loi belge, à l'exclusion de la loi étrangère, quand le législateur leur dit, aux étrangers comme aux indigènes: « Je vous permets de régler vos droits et vos obligations comme bon vous semble; vous n'êtes liés en rien par les dispositions de la loi que je porte; je n'y fais que prévoir ce que vous voulez, mais vous êtes libres de vouloir autre chose, et le contraire même de ce que je suppose être votre volonté. Il n'y a qu'une exception à votre autonomie; c'est que vous ne pouvez pas stipuler la perpétuité du bail emphytéotique. Hors de là, votre autonomie est entière. Préférez-vous votre loi personnelle à celle que je porte? Vous en avez le droit. »

§ V. — *Du droit de superficie.*

382. La loi du 10 janvier 1824 définit le droit de superficie en ces termes : « Le droit de superficie est un droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui. » Avant d'examiner quelle est la nature du statut qui régit le droit de superficie, il faut voir quel est le caractère de ce droit. La loi de 1824 l'appelle un droit réel, ce qui implique que c'est un simple démembrement de la propriété. Il est certain que le superficiaire n'a aucun droit de propriété dans le sol, puisque la loi dit que le fonds appartient à autrui. La loi ne s'explique pas sur la nature du droit que le superficiaire a dans les constructions et plantations : est-ce un droit de propriété, ou n'est-ce qu'un démembrement de la propriété? La question est controversée. Le président Favre et Doneau ont prouvé jusqu'à l'évidence

que le superficiaire ne peut être propriétaire des constructions et plantations (1). Il n'a pas la propriété du sol, et peut-on être propriétaire des constructions et plantations sans être propriétaire du sol auquel elles adhèrent, avec lequel elles se confondent? Il n'y a donc pas de division de propriété, et il ne saurait y en avoir. Cela est décisif quant à la nature du statut. Puisque le superficiaire n'a qu'un démembrement de la propriété, son droit est en essence le même que celui de l'emphytéote et de l'usufruitier; donc il dépend de l'autonomie des parties intéressées.

363. Doneau dit qu'il y a trois choses essentielles dans la superficie. Il faut d'abord que le sol sur lequel se trouvent des bâtiments appartienne à autrui; en effet, le nom même de superficie implique que le superficiaire n'a pas la propriété du sol; et c'est aussi ce que dit la définition que je viens de transcrire (n° 362). Sous ce rapport, il y a identité entre le droit de superficie et les autres droits réels immobiliers. C'est déjà une preuve que l'on doit appliquer à la superficie le droit commun, c'est-à-dire qu'il faut laisser aux parties intéressées leur autonomie, et leur permettre de régler leurs droits d'après leur statut personnel.

Il y a un second élément essentiel que le nom indique; il faut une superficie. On entend par là une construction distincte du sol. Dans la pureté du langage juridique on ne dit pas que le superficiaire a un droit sur des *bâtiments*, on dit qu'il a un droit sur une *superficie* ou sur des *bâtiments superficiaires*, afin de marquer que le droit ne porte pas sur les bâtiments mêmes, lesquels ne se conçoivent pas sans le sol. Le propriétaire du sol est propriétaire du dessus, il en détache ce droit; le superficiaire acquiert donc un démembrement de la propriété, à titre de droit réel. C'est le droit commun.

Le troisième caractère de la superficie est que le superficiaire a les bâtiments, c'est-à-dire qu'il les possède, et qu'il en use; mais il n'en a pas la propriété, il ne peut

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 490, n° 409.

pas même l'avoir; toutefois il en use comme s'il était propriétaire; en définitive, il a les droits du propriétaire sans être propriétaire. Ce n'est pas là une singularité; l'usufruitier et l'emphytéote sont dans la même situation; l'étendue des droits varie, mais l'essence de ces droits est la même. C'est toujours le démembrement de la propriété que le propriétaire peut faire comme bon lui semble, ce qui est décisif. On applique au superficiaire le droit commun qui régit les droits réels (1).

364. Nous aboutissons à la conséquence que le droit de superficie appartient au domaine de l'autonomie, sauf dans les dispositions qui sont d'ordre public. C'est bien ce que dit notre loi belge, dont l'article 8 porte : « Les dispositions du présent titre n'auront lieu que pour autant qu'il n'y aura pas été dérogé par les conventions des parties, sauf la disposition de l'article 4. » C'est un principe identique à celui que le législateur a établi pour l'emphytéose (art. 17); il faut donc appliquer à la superficie ce que j'ai dit de l'emphytéose (n° 358). Il n'y a de différence que pour la durée des deux droits : la loi de 1824 défend de stipuler une emphytéose qui dépasse quatre-vingt-dix-neuf ans, tandis que la superficie ne peut être établie pour un terme excédant cinquante années (art. 4). Cette dernière disposition a été retranchée lors de la révision du code néerlandais.

365. Il y a encore une autre disposition de la loi de 1824 qui est d'intérêt général; l'article 3 porte : « Le titre constitutif du droit de superficie devra être transcrit dans les registres publics à ce destinés. » La transcription est une loi générale, dans la législation néerlandaise comme dans la législation française et belge, et la publicité des transactions immobilières est essentiellement d'intérêt social; je l'ai déjà dit en traitant du statut de publicité, en matière de droits réels (n° 295), et j'y reviendrai en parlant du régime hypothécaire. Il va sans dire que la loi de publicité s'impose à tous, étrangers et nationaux, qui acquièrent un droit réel immobilier, ils ne peuvent l'oppo-

(1) *Donelli commentaria*, IX, 6, 2-5.

ser aux tiers que lorsque l'acte qui constate leur titre a été transcrit. Toutefois cette règle n'est pas aussi absolue que semblent le dire l'article 3 de la loi de 1824 pour la superficie, et l'article 1er de la loi sur l'emphytéose pour le bail emphytéotique. D'après la loi hypothécaire belge, les testaments ne sont pas assujettis à la transcription. Si donc un droit de superficie était établi par testament, il existerait à l'égard des tiers, comme entre les parties, sans publicité aucune. C'est une anomalie dans le système de publicité, dont j'ai dit la raison plus haut (n° 295). Il n'appartiendrait pas aux parties intéressées de stipuler ou d'ordonner la publicité : cette matière est dans le domaine exclusif du législateur territorial, et comme la transcription est d'ordre public, le statut de la situation des biens domine l'autonomie et, par suite, tout statut personnel qui y serait contraire.

SECTION VI. — Du régime hypothécaire.

§ 1er. — *De la nature du statut.*

366. Fœlix dit, dans son *Traité de droit international privé*, que les priviléges immobiliers et les hypothèques, quelles qu'elles soient, légales, conventionnelles et judiciaires, dépendent du statut réel (1). Cela est d'une admirable simplicité, comme le dit Story en parlant de l'usufruit légal des père et mère ; si le système de la réalité de tout statut immobilier était aussi vrai que simple, la longue Etude que je consacre aux droits réels immobiliers se serait réduite à une ligne. On n'a pas besoin de scruter la nature des droits, leur origine, leur objet ; la géographie remplace la science juridique : voyez sur l'atlas dans quel lieu est situé l'immeuble, vous saurez par la situation quelle est la loi qui le régit. Fiore dit, en rapportant la proposition de Fœlix, que les rapports juridiques n'ont point cette simplicité physique, matérielle (2). C'est l'homme qui est le sujet du droit, ce sont les rela-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 124.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 311.

tions de la vie humaine qu'il faut considérer, et elles sont d'une infinie variété.

367. On m'opposera la tradition, telle que le législateur français l'a formulée dans l'article 3 du code civil. Je me soumets au droit traditionnel, tout en le critiquant; et je commence d'ordinaire par constater la doctrine des statutaires français, que j'accepte quand elle est constante. Si je ne procède pas de même pour le régime hypothécaire, c'est que l'ancien droit diffère tellement du droit moderne, en cette matière, qu'il est impossible de le considérer comme l'origine et le point de départ de notre législation actuelle. La spécialité et la publicité sont les bases de notre droit, tandis que jadis la clandestinité régnait partout, sauf dans les provinces belgiques. Là où il n'y avait point de publicité, la spécialité n'avait point de raison d'être; les hypothèques frappaient tous les biens du débiteur, et il suffisait pour cela qu'il eût contracté une obligation par acte authentique. Aujourd'hui l'hypothèque est un acte solennel; dans l'ancien droit, un acte sous seing privé suffisait pour sa validité. Le changement est radical, car le statut de la forme, qui joue un si grand rôle aujourd'hui, en dépend. Les priviléges de l'ancien droit différaient également des priviléges modernes; ils étaient accordés tantôt comme faveur pour une personne, tantôt comme faveur pour la cause : tout était privilége dans l'ordre politique, et les vices de la constitution réagissaient sur l'ordre civil. Les hypothèques légales étaient également des priviléges (1).

On dira que, malgré toutes ces différences entre l'ancien système hypothécaire et le nouveau, il y a une analogie qui est essentielle au point de vue du droit civil international, c'est que toute cause de préférence entre créanciers est réputée réelle et dépend par conséquent de la situation des biens. Cela suffit, en apparence, pour justifier la proposition absolue de Fœlix, c'est-à-dire pour *réaliser* tout le régime hypothécaire. Ici nous touchons au sens trop général, à mon avis, que l'on donne à l'ar-

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 832 et suiv.

ticle 3 du code Napoléon. Il n'est pas exact de dire que le statut est réel, par cela seul qu'il a pour objet un immeuble. Le même article qui déclare réel le statut des immeubles répute personnel le statut qui règle l'état et la capacité des personnes; la loi peut donc, de ce chef, être personnelle, quoiqu'elle ait pour objet des immeubles ou des droits réels immobiliers. J'en ai donné des exemples en traitant des successions. Il y a une autre restriction à faire au sens trop absolu que l'on donne à l'article 3 : exclut-il le principe de l'autonomie, dans les matières où tout dépend de la volonté de l'homme? Ce serait dépasser le réalisme traditionnel; car dans l'ancien droit on ne niait pas que la volonté des parties leur tînt lieu de loi, et excluait les statuts proprement dits; on l'admettait dans le droit héréditaire, donc on doit admettre la même restriction pour les hypothèques.

368. Ainsi la tradition elle-même nous conduit à limiter la doctrine qui considère comme réel tout le régime hypothécaire, par la seule raison que l'hypothèque est établie sur des immeubles. En faisant ces réserves, je n'entends pas contester le principe que Boullenois établit en cette matière, que toute cause de préférence entre créanciers est réelle, quand elle résulte d'un droit immobilier. J'admets, au contraire, la tradition, à cet égard, et je crois qu'on peut la concilier avec la doctrine que j'ai exposée dans le cours de ces Etudes. La théorie traditionnelle est basée sur la souveraineté territoriale. J'invoque aussi la souveraineté, en tant qu'elle régit les intérêts généraux de la société; dans cette sphère, elle doit être maîtresse absolue, et ne saurait souffrir le concours et l'empire d'une souveraineté étrangère. En considérant le régime hypothécaire à ce point de vue, on trouvera bien des rapports entre le réalisme traditionnel et la doctrine que j'expose dans ces Etudes. Le régime hypothécaire est essentiellement d'intérêt général. Il procure aux propriétaires d'immeubles le crédit auquel ils ont droit d'après la valeur de leurs biens. La loi doit donc organiser le régime des hypothèques de façon que les capitalistes aient une garantie complète de leurs intérêts, quand ils prêtent

leurs capitaux sur la foi d'un gage réel. Tel est le fondement de la spécialité des hypothèques et de leur publicité. Elles sont spéciales en ce sens qu'elles grèvent des immeubles déterminés et pour la sûreté d'une créance déterminée. La valeur de l'immeuble hypothéqué dépasse-t-elle le montant de la dette, le propriétaire conservera son crédit pour l'excédant; de cette manière il obtiendra les capitaux dont il a besoin pour ses entreprises industrielles, commerciales ou agricoles. La publicité apprendra aux tiers quelles sont les charges qui grèvent les immeubles que le propriétaire leur offre en garantie ; ils peuvent donc traiter avec une entière sécurité. Voilà comment le régime des hypothèques est la base du crédit et par suite de la richesse des particuliers et de l'Etat. Or, la richesse publique est un élément essentiel de la civilisation ; les nations riches sont aussi les nations civilisées, tandis que les peuples pauvres végètent dans l'ignorance et la barbarie.

Ces considérations justifient la *réalité* du système hypothécaire. C'est à chaque Etat de veiller à son perfectionnement ; à cet égard son action est souveraine, et exclut toute souveraineté étrangère. Cela revient à dire que les lois relatives au crédit sont réelles. Si elles le sont, ce n'est pas parce que le crédit repose sur les immeubles, les meubles aussi sont une garantie pour les créanciers, c'est parce que les plus grands intérêts de la société sont engagés dans le système hypothécaire : suivant qu'il assure le crédit ou qu'il le laisse sans garantie, l'agriculture, l'industrie et le commerce prospèrent ou déclinent. Voilà une justification de la réalité des hypothèques qui vaut mieux que le fait matériel de la nature immobilière des biens.

369. En quoi consiste la garantie que le régime hypothécaire assure aux créanciers ? L'hypothèque leur donne une préférence sur les créanciers chirographaires. Les biens de tout débiteur sont le gage de ses créanciers (C. civ., art. 2093, et loi hyp., art. 8); quand il tombe en déconfiture ou en faillite, les créanciers sont payés par contribution ; tous subissent une perte plus ou moins grande. Le droit commun n'offre donc pas une garantie

suffisante aux créanciers pour l'acquittement de leurs créances. C'est pour assurer leur payement que la loi a organisé des causes de préférence en vertu desquelles les créanciers hypothécaires ou privilégiés sont payés avant les créanciers chirographaires (C. civ., art. 2094, loi hyp., art. 9).

D'après ce que je viens de dire (n° 368) du régime hypothécaire en général, il est d'évidence que les causes de préférence dépendent du statut réel de la situation des biens. Ce régime est réel, en tant qu'il intéresse le crédit des propriétaires; or, la sûreté que les bailleurs de fonds stipulent pour le recouvrement de leurs capitaux consiste précisément dans la préférence qu'ils ont sur les créanciers chirographaires; donc ces causes de préférence sont essentiellement réelles, en ce sens que les créanciers les obtiennent et les conservent conformément à la loi de la situation. Que deviendrait leur garantie, si des créanciers étrangers pouvaient, en vertu de leur statut personnel, les primer quand le débiteur commun devient insolvable? La garantie sur laquelle ils comptaient ne servirait qu'à les tromper, et par suite, toute confiance disparaîtrait, et avec la confiance le crédit. Aussi est-il de principe que les hypothèques et les priviléges, tels qu'ils sont constitués par la loi territoriale, sont les seules causes de préférence que les créanciers puissent faire valoir. Le code civil et notre loi hypothécaire le disent très clairement. Les droits de tous les créanciers sont égaux (art. 8), « à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». Ces termes impliquent une exception à la règle. Reste à définir les limites de cette exception; c'est ce que fait l'article 9 (C. civ., art. 2094) en disant que les causes légitimes de préférence sont les priviléges et les hypothèques. Ces causes de préférence étant une exception sont par cela même de stricte interprétation; on ne peut admettre d'autres causes de préférence que les hypothèques et les priviléges. Cela est aussi fondé en raison. S'il y avait d'autres causes de préférence que celles que la loi établit dans l'article 9, les tiers ne pourraient plus traiter avec sécurité, le but que le législateur a eu en vue, en

organisant le régime hypothécaire serait manqué (1). Il est possible à ceux qui traitent avec un propriétaire de connaître les causes de préférence établies par la législation territoriale qui est aussi leur droit national; mais comment veut-on qu'ils connaissent les lois étrangères que les jurisconsultes mêmes ignorent? Les conventions deviendraient une chance, et par suite l'incertitude et la défiance régneraient là où doit régner la confiance la plus entière.

370. Le code Napoléon et notre loi hypothécaire traitent d'abord des priviléges. « C'est un droit que la *qualité* de la *créance* donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. » Les autres créanciers ne sauraient se plaindre de ce qu'ils sont primés par des créanciers qui, à raison de leur qualité, méritent d'être préférés. Il n'y a plus de créanciers privilégiés par faveur personnelle. Si un créancier étranger invoquait sa loi nationale pour réclamer un privilége qu'elle accorde à sa personne, le juge rejetterait cette prétention en se fondant sur la réalité de toute cause de préférence (n° 368); les étrangers ne peuvent se prévaloir de leur loi nationale, en cette matière, parce qu'il ne s'agit pas uniquement de leur intérêt privé, leur intérêt est inséparable de celui de tous les créanciers, car si l'un gagne, les autres perdent; or, la condition de tous doit être égale, et réglée par conséquent par une loi commune à tous, la loi territoriale qui concilie les intérêts divers, de manière qu'il n'y ait de préférence qu'au profit des créances qui méritent d'être privilégiées.

371. Viennent ensuite les hypothèques. L'article 42 (C. civ., art. 2115) porte que l'hypothèque n'a lieu *que dans le cas* et *suivant les formes* autorisées par la loi. C'est la loi qui détermine les cas dans lesquels il y a hypothèque; les parties ne peuvent pas convenir que l'hypothèque aura lieu dans d'autres cas. Ainsi le droit français, qui est aussi le nôtre, n'admet pas l'hypothèque des meubles, il ne serait donc pas permis au créancier étranger

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXIX, p 318, n° 283.

de stipuler une hypothèque mobilière, quand même sa loi personnelle l'admettrait. Ici la nature des biens exerce une influence, mais ce n'est pas une question de souveraineté territoriale; la raison pour laquelle les meubles ne peuvent être hypothéqués tient à l'intérêt public, c'est une conséquence du principe de l'article 2279, en vertu duquel les meubles n'ont point de suite, et ce principe a été consacré pour favoriser les relations commerciales. De même la loi règle les formes qui doivent être observées pour les hypothèques conventionnelles et testamentaires; les parties ne pourraient pas y déroger, car l'hypothèque est un acte solennel; or, la solennité ne dépend pas de l'autonomie, ni de la loi du lieu où l'acte serait passé, elle est prescrite comme une condition d'existence de l'hypothèque; une hypothèque consentie par acte sous seing privé n'existerait pas en France, et n'y produirait aucun effet. Le créancier ne pourrait pas invoquer sa loi personnelle, car celle-ci cède devant la loi territoriale, d'ordre public; or le régime hypothécaire est d'intérêt social.

372. Est-ce à dire que rien, en matière d'hypothèques, ne dépende de l'autonomie et ne puisse être réglé par la loi personnelle des parties? Les hypothèques sont d'ordinaire établies par convention; la convention est donc la condition essentielle pour qu'il y ait une hypothèque; or, les conventions ne peuvent être faites que par les parties capables de contracter, et la capacité est réglée par le statut personnel, même quand il s'agit d'actes translatifs de droits réels immobiliers. Le consentement est encore une condition essentielle requise pour l'existence de toute convention, et il dépend du statut personnel. L'autonomie a aussi sa part d'influence, quand il ne s'agit que d'intérêts privés. Telle est l'indivisibilité de l'hypothèque; la raison en est que l'indivisibilité ne concerne que l'intérêt du créancier, et il y peut renoncer.

373. Le code Napoléon donne au créancier qui a obtenu un jugement contre son débiteur une hypothèque sur tous ses biens, présents et à venir. Notre loi abolit l'hypothèque judiciaire, parce qu'elle est contraire aux principes. Le jugement n'a pas pour but et ne peut avoir pour

effet de donner au créancier une préférence qu'il n'a, ni en vertu de la nature de la créance, ni en vertu d'une convention; il donne seulement action au créancier sur les biens de son débiteur, en ce sens qu'il acquiert un titre exécutoire en vertu duquel il peut saisir les biens et les faire vendre.

L'abolition de l'hypothèque judiciaire ayant pour objet de maintenir les droits de la masse chirographaire est par cela seul d'intérêt public. Il en résulte que le statut est réel; par conséquent, le créancier qui obtiendrait un jugement en France ne pourrait pas prendre inscription sur les biens que son débiteur possède en Belgique. Vainement le créancier invoquerait-il sa loi personnelle, le code Napoléon; cette loi cède devant le statut territorial qui a aboli l'hypothèque judiciaire, comme contraire aux droits et aux intérêts des autres créanciers.

Le créancier, français ou belge, qui aurait obtenu un jugement en Belgique contre son débiteur, pourrait-il prendre inscription sur les biens que son débiteur possède en France? La question n'aurait d'intérêt que si le créancier, après avoir obtenu en Belgique un jugement rendu exécutoire en France, se présentait à un ordre ouvert devant un tribunal français. Je crois que son hypothèque n'y serait pas reconnue. En effet, le jugement ne donne hypothèque que sur les biens situés dans le territoire sur lequel s'étend l'autorité du juge. Un juge belge ne peut pas donner une hypothèque sur un immeuble situé en France. Or, le jugement porté en France pour rendre exécutoire le jugement émané d'un tribunal belge, ne donne pas à ce jugement une autorité qu'il n'avait point; le jugement reste ce qu'il était, c'est-à-dire ne conférant pas d'hypothèque; donc le créancier qui l'a obtenu reste créancier chirographaire. Qu'importe que ce jugement soit inscrit en France? L'inscription ne peut pas rendre valable une hypothèque qui n'existe point.

374. La loi belge crée une hypothèque testamentaire qui n'existait pas d'après le code Napoléon. Aux termes de l'article 44, « l'hypothèque testamentaire est celle qui est établie par le testateur sur un ou plusieurs immeubles

spécialement désignés dans le testament, pour garantir des legs par lui faits ». En général, le testament dépend de l'autonomie du testateur. Mais cette règle ne s'applique pas aux dispositions qui sont d'ordre public, et telle est l'hypothèque (nos 368 et 369). Il est certain que le testateur n'avait pas, sous l'empire du code Napoléon, le droit de constituer une hypothèque; s'il a ce droit aujourd'hui, c'est en vertu de la loi belge. Cette loi n'a qu'une autorité territoriale; donc l'hypothèque établie par un testament fait en Belgique par un testateur belge ou français n'aurait aucun effet sur les biens situés en France. On ne pourrait pas invoquer la loi hypothécaire belge pour valider l'hypothèque qu'un Belge aurait constituée sur un bien qu'il possède en France, car l'hypothèque ne dépend pas du statut personnel, c'est le statut territorial qui décide s'il peut y avoir une hypothèque testamentaire; et comme le code français ne donne pas au testateur le droit de créer une hypothèque, il faut décider qu'il ne saurait y avoir d'hypothèque testamentaire en France.

La réalité de l'hypothèque testamentaire a encore une autre conséquence, c'est que le testateur ne peut l'établir que pour garantir des legs par lui faits; il n'a pas le droit de concéder une hypothèque à un de ses créanciers chirographaires. Cela est cependant controversé, et il y a quelque doute (1). Le testateur, dit-on, peut léguer la toute propriété à son créancier : pourquoi ne pourrait-il pas lui léguer une hypothèque, qui n'est qu'un simple droit réel? Le raisonnement cloche. En léguant la propriété à son créancier, le testateur ne cause aucun préjudice à ses autres créanciers, puisque ceux-ci sont payés avant les légataires; tandis que s'il donne une hypothèque à un créancier qui n'en avait point, celui-ci sera préféré aux créanciers chirographaires, à leur grand préjudice, puisque le légataire de l'hypothèque pourra prendre la plus grande partie de l'actif héréditaire. Si aucune hypothèque n'a été stipulée par les créanciers du vivant de leur débiteur, leur position doit rester égale à sa mort.

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXX, no 542.

Si un testateur belge ne peut établir une hypothèque au profit de son créancier, il en faut dire autant du testateur étranger à qui son statut personnel permettrait de le faire. Le statut personnel cède devant un statut territorial d'ordre public, et ce que je viens de dire prouve qu'il y a un intérêt général qui s'oppose à ce que le testateur, quelle que soit sa nationalité, établisse une hypothèque au profit d'un de ses créanciers. Cela est décisif.

375. « L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi » (C. Nap., art. 2117; loi hyp., art. 44). « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont : ceux des femmes mariées sur les biens de leur mari; ceux des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur; ceux des personnes placées dans des établissements d'aliénés sur les biens de leur administrateur provisoire; ceux de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables » (loi hypoth., art. 47; Code Nap., art. 2121).

Parmi les hypothèques légales, il y en a une qui est de droit public, c'est celle qui est accordée à l'Etat et à ses subdivisions, les provinces et les communes, pour la sûreté des deniers publics; la société est intéressée à ce que le maniement des deniers affectés au service de l'Etat soit garanti; voilà pourquoi la loi étend l'hypothèque aux établissements chargés d'un service public. Les finances font partie du droit public, pris dans sa plus large acception, et le droit public est l'expression directe de la souveraineté; ici il faut appliquer la théorie exposée par Portalis pour la justification de l'article 3 : la souveraineté n'admet point de partage. Il est absurde de supposer seulement que le droit public d'un pays soit modifié en quoi que ce soit par le droit public d'un autre pays. Il ne saurait donc y avoir d'hypothèque légale publique qu'en vertu de la loi territoriale; et cette loi n'a d'autorité que dans les limites de son territoire.

L'hypothèque légale accordée aux incapables a un tout autre caractère; on ne peut pas dire qu'elle soit de droit public, car elle a pour objet de garantir des intérêts pure-

ment privés; l'hypothèque appartient donc aussi au droit privé. Elle est territoriale, dans le sens de l'ancienne doctrine, d'après laquelle tout droit de préférence entre créanciers dépend du statut réel. Mais il y a aussi un élément personnel dans l'hypothèque légale des incapables. C'est à raison de leur incapacité que la loi intervient pour les mineurs, les interdits et les femmes mariées. Or, l'incapacité forme le statut personnel par excellence, et ce statut suit la personne, et agit sur les biens, partout où la personne et les biens se trouvent. De là la conséquence consacrée par notre loi hypothécaire que les incapables étrangers ont une hypothèque sur les biens situés en Belgique, quand leur loi personnelle leur en accorde une. C'est donc la loi personnelle de l'incapable qui décide s'il a une hypothèque en Belgique, ce n'est pas la loi territoriale; seulement il ne peut avoir d'hypothèque en Belgique que si la loi belge la lui accorde. Il faut de plus que l'hypothèque légale soit spécialisée et inscrite, pour qu'elle devienne efficace. Le code Napoléon donnait aux incapables une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir des débiteurs, et cette hypothèque avait effet. alors même qu'elle n'avait pas été rendue publique. C'était sacrifier l'intérêt général à l'intérêt particulier des incapables. La loi hypothécaire belge a étendu à l'hypothèque légale des incapables le principe qui domine notre régime hypothécaire, la nécessité de spécialiser l'hypothèque et de la rendre publique. Voilà de nouveau l'intérêt général qui intervient et qui rend réel le statut de la spécialité et de la publicité.

On voit combien il faut se défier des propositions absolues dans la matière des statuts. Une seule et même hypothèque, celle que la loi accorde, diffère quant au statut selon qu'elle est accordée à l'Etat, ou à des incapables; l'une est de droit public, l'autre de droit privé, l'une dépend exclusivement du statut réel, l'autre procède du statut personnel, mais tout en étant personnelle dans son principe, elle redevient réelle quand il s'agit de l'exercer : c'est le statut territorial qui décide si l'hypothèque des incapables étrangers leur appartient sur les immeubles

du territoire, et si elle est soumise à la spécialité et à la publicité. Ainsi la femme française a une hypothèque légale en vertu du code Napoléon, cette hypothèque s'étend aux biens que le mari possède en Belgique, parce que notre loi donne une hypothèque à la femme mariée, même étrangère; elle ne s'étendrait point aux biens situés dans les Pays-Bas, parce que le code néerlandais n'a pas maintenu l'hypothèque légale de la femme mariée.

376. Le but essentiel du régime hypothécaire est de donner au créancier une garantie qui lui assure le payement de sa créance. Le droit de préférence accordé au créancier hypothécaire dépend du statut de la situation des biens. C'était le principe de l'ancien droit, fondé sur la réalité des coutumes; c'est encore la doctrine moderne, s'appuyant sur l'article 3 du code Napoléon, comme règle traditionnelle, et fondée aussi sur l'intérêt de la société qui rend réel le statut du régime hypothécaire.

Le droit de préférence ne suffit point pour garantir pleinement les droits du créancier hypothécaire; le code Napoléon et la loi hypothécaire ajoutent que l'hypothèque suit les immeubles qui en sont grevés dans quelques mains qu'ils passent. C'est ce qu'on appelle le droit de suite. Ce droit est essentiellement réel, parce qu'il est le complément du droit de préférence. Le droit de suite s'exerce contre le tiers détenteur, c'est-à-dire celui qui détient la chose hypothéquée. Quel est l'objet de cette poursuite? Le code civil (art. 2166) et la loi belge (art. 96) répondent : « Les créanciers privilégiés et hypothécaires inscrits sur l'immeuble le suivent dans quelques mains qu'il passe, pour être *colloqués* et *payés* suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions. » Ils peuvent exproprier l'immeuble entre les mains du tiers détenteur, comme ils le pouvaient tant que l'immeuble était dans les mains du débiteur; l'expropriation réalise le but de l'hypothèque, le créancier hypothécaire est payé sur le prix de l'immeuble vendu, par préférence aux créanciers chirographaires, et d'après l'ordre des inscriptions quand il y a concours et conflit de créanciers hypothécaires.

On voit que le droit de suite est le complément essen-

tiel du système hypothécaire. En effet, le droit de préférence du créancier serait illusoire s'il ne pouvait l'exercer qu'en expropriant le débiteur, car celui-ci conserve la disposition de ses biens malgré les charges hypothécaires qui les grèvent; sans le droit de suite, l'hypothèque ne présenterait aucune garantie, le débiteur pouvant aliéner d'un instant à l'autre le fonds hypothéqué.

L'expropriation à laquelle tend le droit de suite appartient à la procédure, et la procédure est de droit public. Nous voilà en pleine réalité. Il suffit de quelques mots pour le prouver (1). La loi veut qu'un *commandement* soit fait au débiteur originaire, c'est-à-dire au débiteur personnel, intéressé à payer, pour éviter la vente forcée de ses biens. Si la dette n'est pas payée, l'expropriation se poursuit.

La loi veut, en second lieu, que sommation soit faite au tiers détenteur de payer la dette ou de délaisser l'héritage. Ce n'est pas que le détenteur soit obligé de payer ou de délaisser, ce sont des facultés que la loi lui accorde pour prévenir l'expropriation; il peut ne pas en user, dans ce cas, l'expropriation suit son cours. Ici je m'arrête. La procédure ne fait pas l'objet de ces Etudes; il suffit de remarquer que la procédure étant la mise en action d'un des grands pouvoirs organisés par la Constitution appartient par cela même au droit public, et tout ce qui est de droit public forme un statut réel, dans l'esprit de la tradition, comme d'après la théorie que j'ai exposée dans ces Etudes.

§ II. — *Le concours des créanciers.*

N° 1. LES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES.

377. Le code Napoléon (art. 2092) et la loi belge (art. 7) établissent le principe que quiconque *est obligé* personnellement est tenu de remplir ses *engagements* sur tous ses biens, mobiliers et immobiliers, présents et à ve-

(1) Voyez les détails dans mes *Principes de droit civil*, t. XXXI, nos 251-255.

nir. Ce principe est applicable à tous les créanciers, tous ont une action personnelle contre leur débiteur, et si le débiteur ne remplit point ses engagements, les créanciers ont le droit de saisir ses biens et de les faire vendre, pour être payés sur le prix provenant de la vente.

L'exécution forcée est de l'essence des obligations. Quelles sont les voies de contrainte que le créancier peut employer contre le débiteur? On n'en conçoit que deux : la contrainte peut être exercée sur la personne ou sur les biens. Chez les anciens, la personne du débiteur répondait des engagements qu'il contractait; il engageait sa liberté et même sa vie. Les Romains, peuple juridique par excellence, avaient écrit ce droit barbare, en lettres de sang, sur leurs fameuses *Tables*. Cela prouve qu'ils n'avaient aucune idée de la liberté individuelle. Le créancier n'a qu'un droit pécuniaire, et ce droit ne lui permet pas de disposer de la liberté et de la vie de son débiteur, car la vie et la liberté sont inaliénables de leur essence. Des droits pécuniaires ne peuvent s'exercer que sur les biens qui ont une valeur pécuniaire. En établissant ce principe, nos lois proscrivent la fausse doctrine qui sacrifie la liberté et la vie du débiteur à l'intérêt du créancier. En ce sens le principe, *qui s'oblige oblige le sien*, est de droit public, puisqu'il sauvegarde les droits de la personnalité humaine.

Ce principe est encore d'intérêt général, même quand on fait abstraction de la liberté individuelle. L'exécution forcée des obligations est la seule voie ouverte au créancier pour réaliser son droit; vainement s'adresserait-il à la justice, s'il n'avait pas un moyen de contraindre le débiteur à remplir ses engagements, malgré son mauvais vouloir et sa résistance; et que deviendraient les relations civiles si les droits des citoyens n'avaient plus de sanction forcée? La société est donc intéressée à ce que les engagements des débiteurs soient remplis; partant, l'exécution forcée des obligations forme un statut réel.

On pourrait croire que les engagements conventionnels dépendant de l'autonomie des parties contractantes, il en doit être de même de leur exécution : n'est-ce pas le débi-

teur qui, en s'obligeant, oblige ses biens? Non; ce n'est pas le débiteur qui donne à son créancier action sur ses biens; c'est la loi qui lui impose l'exécution forcée de toutes les obligations qu'il contracte, quand même il les contracterait sans sa volonté : tels sont les engagements qui résultent des délits, des quasi-délits et des quasi-contrats, et de l'*autorité seule* de la *loi*. C'est par application de ce principe que les incapables sont soumis à l'exécution forcée, bien que, parmi eux, se trouvent des personnes qui n'ont pas de volonté, les mineurs, les interdits. Dès qu'il y a obligation, il doit y avoir exécution forcée : le droit de la société l'emporte sur l'intérêt des incapables. On a objecté que la femme séparée ne peut aliéner ses immeubles; et si elle ne le peut pas directement, comment le pourrait-elle indirectement? La réponse est simple et péremptoire : ce n'est pas la femme qui donne à son créancier action sur ses biens, c'est la loi, et la loi le fait dans un intérêt général, la société étant intéressée à ce que les droits aient une sanction. Cela prouve que le statut ne dépend pas de l'autonomie des parties, il dépend de la loi (1).

Mais de quelle loi? Est-ce la loi de la situation des biens? Est-ce la loi personnelle du créancier ou du débiteur? Est-ce la loi du lieu où l'obligation a été contractée, ou celle du lieu où l'écrit a été dressé? Ces questions ouvrent une mer de doutes. J'y reviendrai dans l'Etude que je vais consacrer aux Obligations.

378. La loi dit que le débiteur est *tenu* de remplir ses engagements sur tous ses biens. Comment cette obligation se réalise-t-elle? Par la saisie de ses biens et la vente forcée qui la suit. Tout créancier a le droit d'exproprier les biens qui appartiennent à son débiteur. Sous ce rapport, il n'y a aucune différence entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires ou privilégiés. Seulement l'expropriation ne peut se faire qu'en vertu d'un titre exécutoire. Ici le droit des créanciers, quels qu'ils soient, est soumis au statut réel. La puissance sou-

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XXIX, p. 298, nos 267 et 268.

veraine seule peut rendre un titre exécutoire, car la formule exécutoire n'est autre chose qu'un ordre donné par le souverain aux agents de la force publique de prêter leur concours pour l'exécution forcée de l'obligation. Les agents qui président à l'exécution forcée ne reçoivent d'ordre que de leur souverain; ce serait une usurpation de la souveraineté, si un souverain étranger déclarait exécutoires, hors de son territoire, des actes qui y auraient été reçus, car il commanderait à la force publique là où un autre souverain a le droit exclusif de commander.

L'exécution forcée tient encore à l'exercice de la puissance souveraine, en ce qui concerne les conditions et les formes. Nous avons en Belgique une loi (du 15 août 1854) sur l'expropriation forcée; elle règle non seulement la procédure proprement dite, mais aussi les restrictions qui sont apportées à l'exercice du droit de saisie et de vente : toutes ces dispositions sont d'ordre public, et dépendent, par conséquent, du statut réel. Il en est de même des exceptions que les lois admettent à la règle qui permet aux créanciers de saisir et de faire vendre tous les biens de leur débiteur; les exceptions sont d'ordre public, par cela seul qu'elles dérogent à une loi d'intérêt général.

Il y a une autre exception plus importante concernant les personnes, dites civiles. J'ai traité cette matière dans l'Etude que j'ai consacrée aux corporations : j'y renvoie (1).

379. La loi donne action aux créanciers sur tous les biens de leur débiteur, présents et futurs. Cela suppose que ces biens sont encore dans le domaine du débiteur; s'il les aliène, les créanciers ne peuvent pas les saisir entre les mains des tiers détenteurs.

Ce principe ne reçoit qu'une modification sous l'empire du code civil, quand le débiteur fait un acte d'aliénation en fraude des droits de ses créanciers; ceux-ci ont, dans ce cas, l'action en nullité, connue sous le nom d'action paulienne (art. 147); l'acte frauduleux est annulé, et par suite, les biens rentrent fictivement dans le patrimoine du débiteur, ce qui permet à ses créanciers de les saisir. La

(1) Voyez le t. IV de ces Etudes, n° 118, p. 230.

loi hypothécaire belge a ajouté une autre garantie aux droits des créanciers. Pour que l'aliénation d'un immeuble puisse être opposée aux tiers, il faut que l'acte soit transcrit; les actes non transcrits n'existent pas à leur égard, et par suite le vendeur en reste propriétaire, d'où la conséquence que ses créanciers peuvent les saisir, comme étant encore dans le domaine de leur débiteur. Quelle est la nature du statut qui régit le droit des créanciers? Il est réel, comme celui de la transcription dont il est une conséquence, partant il n'appartient aux créanciers que si la loi de la situation des biens le leur accorde.

N° 2. LES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES.

I. *Quels biens peuvent être hypothéqués.*

380. La loi détermine les biens qui peuvent être hypothéqués; ces biens sont seuls susceptibles d'hypothèque. C'est ce que dit l'article 45. La raison en est que le régime hypothécaire est d'intérêt général : c'est au législateur de déterminer le rang des créanciers entre eux, ainsi que les causes de préférence. De là suit que le statut de l'article 45 (C. Nap., art. 2118) est réel. Cependant ce principe n'est pas aussi absolu qu'on pourrait le croire. Pour que le statut soit réel, en ce qui concerne les biens qui peuvent être hypothéqués, il faut que la loi seule soit en cause, c'est-à-dire que le législateur décide, par un motif d'intérêt général, que tels biens peuvent ou ne peuvent pas être hypothéqués. Si la raison est d'intérêt particulier, l'autonomie reprend son empire, ce qui donne ouverture au statut personnel.

381. Aux termes de l'article 45, 1°, sont susceptibles d'hypothèque les biens immobiliers qui sont dans le commerce, c'est-à-dire qui peuvent être vendus. Si l'hypothèque est une garantie, c'est par la faculté que le créancier a de faire vendre l'immeuble hypothéqué, pour être payé sur le prix, par préférence aux créanciers hypothécaires : une hypothèque sur des biens qui ne peuvent être vendus serait un acte illusoire. Voilà pourquoi les auteurs formulent le principe en termes plus généraux. Pour

qu'un bien puisse être hypothéqué, il faut qu'il soit saisissable, car la vente de l'immeuble hypothéqué, sur la poursuite du créancier, se fait, non par vente volontaire, mais par expropriation forcée, ou sur saisie immobilière (1). Il y a donc un lien intime entre le principe établi par l'article 45 et la procédure de l'expropriation, ce qui suffit pour que le statut soit réel, puisque la procédure est de droit public.

Il y a un cas dans lequel le débiteur ne peut plus ni aliéner ni hypothéquer. La loi belge du 15 août 1854 sur l'expropriation forcée porte, article 27 : « Le débiteur ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie ou du commandement, aliéner ni hypothéquer les immeubles saisis, ou indiqués au commandement, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. » Quelle en est la raison? La loi ne permet pas au débiteur saisi d'hypothéquer dans l'intérêt des créanciers chirographaires. L'hypothèque judiciaire est abolie; si l'on avait permis au saisi d'hypothéquer, il aurait pu se soustraire aux effets des jugements qui seront prononcés contre lui, en hypothéquant ses biens pendant le cours de la saisie. C'est donc une conséquence du lien qui existe entre l'expropriation et le régime hypothécaire.

382. D'après la loi du 21 avril 1810 (art. 8), les mines sont immeubles. On distingue trois espèces de propriétés en cette matière : celle de la surface, celle de la mine, et celle de la redevance qui est payée au propriétaire de la mine. Les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un acte de concession émané du gouvernement; la concession peut être accordée soit au propriétaire, soit à un tiers. Du moment qu'une mine est concédée, même au propriétaire de la surface, elle forme une propriété immobilière distincte de celle de la surface. Par suite, il y a deux immeubles, susceptibles d'être hypothéqués. Si la mine n'est pas concédée au propriétaire, celui-ci a droit à une redevance fixée par l'acte de concession. La redevance est un droit mobilier et ne peut, par

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXX, n° 195.

conséquent, être hypothéquée séparément; mais si la surface est hypothéquée, le créancier hypothécaire exercera son droit sur la surface et sur la redevance (art. 6 et 18 de la loi de 1810).

La législation sur les mines est d'intérêt général, donc elle forme un statut réel. C'est la loi de la situation qui détermine si l'on doit distinguer plusieurs propriétés, et si ces propriétés diverses sont susceptibles d'être hypothéquées.

383. La constitution de l'usufruit démembre aussi la propriété, et par suite il peut y avoir deux hypothèques, l'une concédée par le nu propriétaire de l'immeuble dont il conserve la propriété, l'autre par l'usufruitier sur son droit d'usufruit. Le nu propriétaire a toujours le droit d'hypothéquer, tandis qu'il y a des usufruitiers qui n'ont pas ce droit : tels sont les père et mère, usufruitiers légaux, tel est aussi le mari usufruitier des propres de sa femme, sous tous les régimes, sauf celui de la séparation des biens. La loi ne dit pas que l'usufruit des père et mère et celui du mari ne sont pas susceptibles d'hypothèque; on l'admet par des inductions tirées de la nature spéciale de la jouissance que la loi ou la convention attribuent aux parents et au mari. C'est un point qui mérite d'être noté, parce qu'il prouve qu'il y a d'autres considérations dont il faut tenir compte en matière d'hypothèque que celle de la situation des biens. L'usufruit du père est lié étroitement à l'administration des biens que la loi lui attribue comme une charge inhérente à la puissance paternelle; or, il est évident que le père ne peut pas se décharger d'un devoir; si donc on lui permettait d'aliéner son usufruit et de l'hypothéquer, il serait toujours tenu d'administrer les biens, et comment concilier cette obligation avec le droit qu'a le cessionnaire de jouir par lui-même? De plus, la jouissance du père est soumise à certaines charges; entre autres l'éducation des enfants suivant leur fortune. Un devoir attaché à la puissance paternelle peut-il être exercé par un autre que par le père? le père peut-il céder une obligation qui lui incombe? Pour le mari il y a des considérations analogues, les raisons, toutes

étrangères à la situation des biens, l'ont emporté sur la rigueur des principes, preuve que le statut de la situation n'a rien d'absolu.

384. La loi ne range pas l'usage et l'habitation parmi les droits réels immobiliers qui sont susceptibles d'être hypothéqués, quoique l'usage soit un véritable usufruit ainsi que l'habitation, limités aux besoins de l'usager. La raison en est que les droits d'usage et d'habitation ne peuvent pas être aliénés. Mais la raison aurait elle-même besoin d'une raison. A vrai dire, l'usage n'est pas plus personnel que l'usufruit; quoiqu'il soit limité aux besoins de l'usager, on conçoit que le titre lui donne le droit de vendre. Si l'on admet que le droit d'usage puisse être stipulé cessible, il sera aussi susceptible d'être hypothéqué. Et ce que la convention peut faire peut aussi résulter du statut personnel du constituant, auquel il s'en réfère expressément ou tacitement. Ainsi la question de savoir si le droit d'usage peut être hypothéqué dépend en définitive de l'autonomie des parties intéressées; la loi de la situation y est complètement étrangère.

II. *De l'hypothèque des meubles et spécialement de l'hypothèque d'un navire.*

385. Dans l'ancien droit, les meubles pouvaient être hypothéqués, mais le créancier n'avait pas le droit de suite. C'est une conséquence de l'adage traditionnel, qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, ce qui veut dire que le propriétaire d'un objet mobilier ne peut pas le revendiquer contre un possesseur de bonne foi; à plus forte raison, ceux qui n'ont qu'un démembrement de la propriété ne peuvent-ils évincer le possesseur par une action réelle qu'ils intenteraient contre lui; or, une hypothèque sans le droit de suite serait peu efficace, puisque le débiteur pourrait d'un instant à l'autre anéantir la sûreté qu'il a donnée à son créancier. De là la règle qui défend d'hypothéquer les meubles (C. Nap., 2119; loi belge, 45). C'est dans l'intérêt général que le législateur décide quels biens peuvent être hypothéqués; donc quand

la loi ne permet pas d'hypothéquer les meubles, il faut dire que l'intérêt général s'y oppose. Reste à savoir quelle est la loi territoriale qu'il faut prendre en considération. Il y a difficulté, parce que, dans la doctrine traditionnelle des statuts, les meubles n'ont pas de situation. Par suite, on admet qu'ils sont régis par la loi personnelle du propriétaire. Le principe n'est pas absolu ; les auteurs ainsi que la jurisprudence y dérogent dans les cas où l'intérêt général demande que l'on tienne compte de la situation des objets mobiliers, car on ne peut pas nier qu'ils aient une situation, quoiqu'elle ne soit pas fixe comme celle des immeubles. C'est la raison pour laquelle on admet que les priviléges mobiliers sont régis par la loi du lieu où ils se trouvent; l'intérêt des tiers le veut ainsi, et cet intérêt l'emporte sur la fiction qui dénie une situation aux meubles. Il en doit être de même de l'hypothèque mobilière : en posant comme règle que les meubles ne peuvent être hypothéqués, le législateur a égard aux meubles qui se trouvent sur son territoire, meubles qui sont le gage des créanciers; ceux-ci comptent sur la fortune mobilière qui est sous leurs yeux, et dont ils peuvent apprécier l'importance; peu leur importe la nationalité et le domicile de leur créancier; l'intérêt des tiers exige que l'on fasse abstraction de la loi du domicile et de la loi nationale. En ce sens le statut des meubles est d'ordre public, et en conséquence il domine le statut personnel des créanciers étrangers qui réclameraient une préférence fondée sur l'hypothèque mobilière qu'ils auraient acquise en vertu de leur loi nationale. La loi française n'admettant pas l'hypothèque des meubles, aucun créancier ne peut invoquer une préférence de ce chef.

386. Ces principes ont été appliqués par la cour de cassation de France à l'hypothèque d'un navire, établie conformément à la loi anglaise. L'article 3 du code civil et la doctrine traditionnelle sur le statut des meubles donnaient lieu à quelque difficulté. L'article 3 garde le silence sur les meubles ; en faut-il induire qu'ils sont toujours régis par le statut personnel de celui à qui ils appartiennent? La cour de cassation dit qu'il n'en saurait être

ainsi, au moins dans les questions de possession, de priviléges et d'exécution. La cour ne dit point quel est le fondement de ces trois exceptions; il y en a une raison décisive, c'est que l'intérêt général est en cause, et partant le statut est réel, c'est-à-dire territorial (1).

La question s'est présentée devant la cour de Bruxelles, dans une espèce identique, et y a reçu la même solution. Elle avait été décidée en ce sens par le tribunal d'Anvers : en appel, les créanciers hypothécaires anglais produisirent une consultation délibérée par M. Clunet, rédacteur en chef du *Journal de droit international privé* (2), ce qui donne un nouvel intérêt au débat. La cour n'adopta pas l'avis de M. Clunet ; je crois qu'elle a bien jugé au point de vue des principes et des textes du droit français qui était aussi le nôtre. Autre est la question de savoir si la législation répondait aux exigences des relations commerciales.

Il a été donné satisfaction à ces besoins par la loi française du 10 décembre 1874, dont les dispositions ont été reproduites, en Belgique, par la loi du 21 août 1879, contenant le livre II du code de commerce revisé. Je reviendrai sur ces lois ; pour le moment j'examine la question de droit décidée par la cour de Bruxelles (3), sous l'empire de la législation actuelle. Quoique les lois nouvelles permettent d'hypothéquer les navires, la question conserve une grande importance à raison des principes généraux qui sont engagés dans le débat.

C'est l'article 3 du code civil, comme le dit la cour de cassation de France, qui est le siége du débat. Il s'agit de savoir par quelle loi sont régis les meubles. Le tribunal de première instance ainsi que la cour disent « qu'il est généralement admis que les meubles, considérés individuellement, sont régis par la loi de leur situation actuelle, qu'il en est ainsi spécialement en ce qui concerne la détermination des droits dont ils sont susceptibles ». C'est

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, n° 174, p. 323 et suiv.

(2) Le Mémoire se trouve dans la *Belgique judiciaire*, 1880, p. 145 Comparez Lyon-Caen, dans la *Revue de droit international privé*, 1877, p. 482 et suiv.

(3) Arrêt du 27 décembre 1879 (*Belgique judiciaire*, 1880, p. 131).

trop dire, et les affirmations de ce genre sont très contestables : tout est controversé en matière de statut mobilier, et, au lieu d'affirmer, mieux eût valu prouver. J'ai dit en quel sens j'accepte le principe, en matière d'hypothèques; il eût été facile de l'établir (n° 385). Après cela le premier juge dit que la loi belge range les navires dans la catégorie des meubles, et dispose que ceux-ci n'ont pas de suite par hypothèque; d'où suivait que l'hypothèque ou le *mort-gage* invoqué par les créanciers anglais n'avait aucune valeur en Belgique.

387. Ici les objections commencent, et elles ne manquent pas de force. On dit que les navires sont des meubles d'une nature particulière, soumis à une législation spéciale; ainsi ils ont une certaine suite en cas de vente (C. de com., 196); ils sont affectés aux dettes du vendeur, et soumis à des priviléges spéciaux; ils ont un domicile et une nationalité propres; la saisie et la vente sont entourées de formes spéciales (1). Le tribunal d'Anvers et la cour d'appel répondent à l'objection, et la réponse me paraît péremptoire. Le code de commerce de 1808 (art. 190), sous l'empire duquel se sont accomplis les faits qui ont donné naissance au litige, déclare que les navires et autres bâtiments de mer sont meubles; par cela même il les soumet aux lois qui régissent les meubles, sinon la disposition n'aurait aucun sens, parce qu'elle serait sans objet. La cour de Bruxelles ne méconnaît pas l'importance des intérêts qui se rattachent aux navires, leur nature et leur destination spéciale, ainsi que l'influence qu'ils exercent sur le développement du commerce, du crédit et de la richesse publique; le législateur a tenu compte de ces considérations, et a modifié, pour les navires, en certains points, le régime des meubles ordinaires. Faut-il aller plus loin, et permettre d'hypothéquer les navires? Cette question s'adresse au législateur; le juge ne peut pas modifier la loi.

388. Les créanciers mort-gagistes cherchèrent à écarter la loi belge, et soutinrent qu'il y avait lieu d'appliquer

(1) Voyez en ce sens les excellentes dissertations de M. Labbé, dans Sirey, 1871, 2, 57, et M. Lyon-Caen, dans Sirey, 1880, 1, 257.

la loi anglaise; ils invoquaient le droit des gens suivant lequel les navires, considérés comme une portion du territoire auquel ils appartiennent, seraient soumis aux lois nationales dans quelque pays qu'ils se trouvent. Le premier juge admet que la fiction qui considère les navires comme une portion du territoire est généralement reconnue, mais elle n'a été établie que pour l'application des lois disciplinaires et pénales. Or, il est de l'essence de toute fiction d'être de stricte interprétation; étendre à des rapports privés et purement commerciaux une fiction ayant un caractère public, ce serait créer une fiction nouvelle; le législateur seul a ce droit. M. Clunet se plaint qu'en un sujet que l'on ne devrait envisager qu'avec les plus larges principes du droit, de la coutume et des usages commerciaux, on argumente des règles les plus strictes du droit civil. Mais de quoi s'agissait-il? D'une hypothèque, d'un droit de préférence entre créanciers. Voilà bien une question de droit civil et de droit strict; il n'y a d'autres causes de préférence que celles que la loi établit; or la loi belge ne connaît pas d'hypothèque sur un navire; il fallait donc prouver, par les principes du droit civil international, que, dans l'espèce, la loi anglaise devait recevoir son application. M. Clunet invoque la *loi du pavillon* : « Par la prédominance de la *loi du pavillon*, dit-il, nous entendons que toutes les questions concernant la *nationalité*, la *transmission* ou le *démembrement de la propriété*, les *droits de gage*, les *priviléges* concédés aux *créanciers* du *navire*, doivent être réglés par la loi de la nation dont le pavillon flotte à son mât. » Voilà une théorie toute spéciale, qui écarte l'application du droit commun, donc une législation exceptionnelle. Où est écrite cette loi qui déroge au code civil, dans une matière essentiellement civile, le concours des créanciers, et les droits de préférence de l'un à l'égard de l'autre? M. Clunet parle de la *tendance plus ou moins consciente* des *lois commerciales* et *maritimes modernes* à adopter des *dispositions analogues*, sans doute sur cette prétendue *loi du pavillon*. Il aboutit à donner aux navires une *personnalité civile*. Une *chose* devenant une *personne!* La fiction

est audacieuse, mais peu importe; seulement il faut prouver que la fiction existe. De ce que la loi reconnaît une nationalité aux navires, M. Clunet conclut que le navire est un être juridique; or, « pour les navires comme pour *tout être* auquel le législateur accorde une nationalité, la loi qui les régit doit être une et invariable, et cette loi n'est autre que celle de leur nationalité (1) ». La consultation tranche ici une question très controversée. Les personnes fictives jouissent-elles partout de leur nationalité, et de leur droit national? J'ai examiné la question dans mon Etude sur les personnes civiles A mon avis, la négative est certaine. De sorte qu'en supposant que les navires aient une personnalité juridique, il ne s'ensuivrait nullement que leur droit fût partout le droit qu'ils tiennent de leur nationalité. Il faudrait pour cela des traités ou une législation uniforme; or, il n'y a ni loi ni traité. C'est ce que dit la cour de Bruxelles. Nous allons l'entendre :

« Si l'on admettait que le navire emporte avec lui, de par son pavillon, son *statut national,* il faudrait, l'*ordre public* étant d'ailleurs *sauf,* permettre l'intervention de principes étrangers à nos lois, non seulement dans la distribution du prix, mais encore dans l'appréciation de la validité de la saisie, et annuler celle-ci, dans le cas où la loi du pays du navire le déclarerait insaisissable. Une loi belge peut-elle être paralysée par une loi étrangère, sans qu'aucun traité fût intervenu, et en vertu d'une prétendue règle de droit privé international qui n'est écrite nulle part? L'usage de reconnaître aux navires une nationalité ne saurait avoir de pareilles conséquences. Il a été introduit pour répondre aux nécessités des relations extérieures et aux exigences du *droit public international;* il sert à faire exécuter certaines mesures de police; mais, dans l'état de notre législation, il n'exerce aucune influence sur les engagements entre particuliers. »

A l'appui de la doctrine consacrée par la cour de Bruxelles, je citerai le témoignage d'un jurisconsulte ita-

(1) Comparez la dissertation de M. Lyon-Caen dans Sirey, 1880, 1, 257 et suiv.

lien qui a écrit un ouvrage spécial *sur le droit diplomatique, et sur la juridiction* internationale maritime (1). « Il est de principe, dit-il, que tout navire, pour pouvoir naviguer légitimement, doit avoir une *nationalité*, et qu'il se place ainsi sous la protection spéciale d'un Etat, de la souveraineté duquel il dépend. L'indépendance d'un Etat souverain se communique, jusqu'à un certain point, à tout bâtiment qui navigue sous sa protection. Un navire, sans caractère national, n'offrirait aucune garantie; son équipage, libre de tout frein, ne trouverait nulle part de loi qui l'enchaîne, et pourrait ainsi compromettre la sécurité des navigateurs. D'un autre côté, le navire qui n'aurait pas de nationalité ne pourrait invoquer nulle part une protection légitime contre les attaques dont il serait l'objet. »

M. Esperson expose ces principes comme étant le droit commun des nations civilisées; il ne dit rien de la *loi du pavillon*, rien de la *personnification* du *navire*, rien des *droits* privés qu'il peut exercer, ou que les tiers peuvent exercer contre lui.

389. Laissons là le droit des gens et revenons au droit civil international. La loi anglaise sur le mort-gage peut-elle être appliquée en Belgique, quand un navire mort-gagé est saisi dans un port belge? Telle est la question que la cour de Bruxelles avait à décider. Le code civil ne connait pas le *mort-gage;* il n'admet d'autre droit de préférence sur les meubles que le privilége; mais le privilége mobilier ne donne pas le droit de suite, il suppose que le débiteur est en possession de la chose grevée du privilége, et dans le cas de gage, que le créancier possède la chose engagée. Quelle est la nature du statut qui détermine les droits de préférence? Est-il réel ou personnel? L'opinion commune est que la loi est réelle; ce qui décide notre question. Même en se plaçant au point de vue des principes que j'ai soutenus dans cette Etude, il faut le décider ainsi : les lois qui sont d'intérêt général forment un statut réel, et tel est certes le régime hypothécaire. En sup-

(1) Esperson, *Diritto diplomatico e giuridizione internazionale marittima*, t. II, p. 2 et suiv. (Milan, 1877).

posant donc qu'un créancier étranger puisse réclamer en Belgique un droit d'hypothèque sur un navire, les autres créanciers pourraient l'écarter, par application du principe, que la loi personnelle cède devant la loi territoriale, quand celle-ci est d'ordre public.

390. La question change de face quand on la traite au point de vue législatif. Je vais dire ce qui a été fait en France et en Belgique. La loi française du 10 décembre 1874 (1) porte, article 1er : « Les navires sont susceptibles d'hypothèque. » On lit dans le rapport qui a été fait sur la loi française, par M. Grivart, que la construction d'un navire et son armement exigent des capitaux importants ; l'armateur y engage une partie notable de sa fortune. Le fer se substitue au bois ; le navire à vapeur prend dans le commerce maritime une part tous les jours plus considérable. En même temps les vaisseaux s'agrandissent, et atteignent parfois des dimensions colossales. Mais si les navires deviennent plus grands, plus durables, plus rapides surtout, ils coûtent aussi infiniment plus cher ; il n'est pas rare qu'une seule construction nécessite un capital qui eût autrefois suffi pour l'armement de toute une flotte. » M. Clunet a donc raison de dire que l'on ne saurait comparer les navires à des meubles ordinaires ; on ne peut pas même les comparer à des immeubles. L'*Orient*, navire de la ligne de Londres à Sidney, lancé en 1879, a coûté quatre millions : combien y a-t-il d'immeubles hypothéqués qui ont cette valeur ? Les constructions qui exigent de pareilles avances demandent le concours de capitaux considérables, et par conséquent des sûretés pour les capitalistes qui les prêtent. Or, les navires étant meubles ne pouvaient être hypothéqués. La nécessité d'une réforme dans la législation ne saurait être contestée. L'Angleterre en a donné l'exemple ; en 1854 on a porté une loi qui permet d'affecter, par convention, les navires à la garantie spéciale d'une dette : « Sous le nom de *mort-gage*, elle a créé une véritable hypothèque maritime, qui, soumise au régime de la publicité, présente tous

(1) Voyez les *Lois annotées* dans le *Recueil* de Sirey.

les caractères de l'hypothèque foncière. Cet exemple a été imité dans les Pays-Bas. Dès l'année 1865, on proposa en France de le suivre. La loi de 1874 fit droit à ce vœu. Le législateur belge, en revisant le code de commerce, a reproduisit la loi française (loi du 21 août 1879, art. 134-155).

Le rapporteur de la loi française dit très bien que les motifs pour lesquels le législateur a défendu d'hypothéquer les meubles ne s'appliquent pas aux navires : « Les meubles, d'une nature, en général, périssable, n'offrant pas de signes certains d'identité, n'ayant pas d'assiette fixe, ne se prêtent ni à la publicité, ni au droit de suite; or, sans publicité, l'hypothèque devient un danger pour le créancier au lieu d'être une garantie; et sans le droit de suite, l'hypothèque est dérisoire. Il n'en est pas ainsi des navires; les lois leur donnent une nationalité et un domicile, qu'ils conservent même dans le cours de leurs pérégrinations les plus lointaines. La loi du 27 vendémiaire an II a créé l'état civil des navires, au moyen de l'acte de francisation, dressé lorsqu'ils prennent pour la première fois la mer, et qui les accompagne jusqu'au terme de leur carrière maritime. L'acte est inscrit sur un registre. Il désigne et décrit le navire, mentionne le nom du propriétaire, ainsi que les mutations dont la propriété est l'objet. Cette loi a eu en vue un *but politique* et un *intérêt de police*. La jurisprudence en a induit la conséquence que la vente d'un navire ne peut être opposée aux tiers qu'autant qu'elle est inscrite sur l'acte de francisation; ainsi le registre matricule est devenu pour les navires ce que le registre des transcriptions est pour les immeubles. Ce même registre sert aussi à l'inscription de l'hypothèque maritime. L'inscription se fait dans des formes empruntées au régime hypothécaire, en France, par le receveur de la douane, en Belgique, par le conservateur des hypothèques d'Anvers. Si Gand et Bruges deviennent ports de mer, cette disposition devra être étendue aux nouveaux ports.

Pour favoriser la construction des navires, les lois permettent de les hypothéquer, avant qu'ils soient achevés;

car tous les armateurs ne disposent pas des millions nécessaires pour ces immenses entreprises.

Quels navires peuvent être hypothéqués? La loi française dispose (art. 30) que les navires de vingt tonneaux et au-dessus peuvent seuls être hypothéqués. Le législateur a pensé que pour les bâtiments de mer qui ne constituent que de simples barques, la construction et l'armement n'exigent l'emploi que de capitaux peu importants, pour lesquels l'appel au crédit est rarement nécessaire; d'ailleurs ces petits navires n'ont pas assez de valeur pour être facilement acceptés comme garantie hypothécaire. Cette distinction entre les navires au-dessus et les navires au-dessous de vingt tonneaux n'a pas été reproduite par la loi belge : tout navire peut être hypothéqué.

Les lois nouvelles dérogent au code civil, en ce qui concerne la forme : le contrat qui établit l'hypothèque maritime doit être constaté par écrit, mais l'acte peut être sous signature privée (1). La loi n'exige pas d'acte authentique, afin de favoriser la liberté des transactions. Il ne faut pas perdre de vue que les parties contractantes sont des commerçants. Or, en matière commerciale, les formes les plus simples et les plus rapides sont les meilleures, on ne recourt pas au ministère d'un notaire ou d'un autre officier public.

L'hypothèque maritime doit être inscrite; son effet dépend de l'inscription. C'est le droit commun; les lois nouvelles y dérogent en ce qui concerne la durée de l'inscription et le renouvellement. D'après le code civil, l'inscription ne se périme qu'après dix ans; l'inscription de l'hypothèque maritime est périmée après trois ans. A raison du caractère spécial de l'opération et de la nature périssable du gage, les prêts sur navire seront presque toujours faits à court terme et se liquideront dans un bref délai; il n'arrivera guère qu'un créancier laisse écouler trois ans sans réclamer son règlement.

Les effets de l'hypothèque maritime sont les mêmes que ceux de l'hypothèque civile; le créancier hypothécaire est

(1) Loi française, art. 2, et loi belge, art. 135.

préféré aux créanciers chirographaires, il est primé par les créanciers privilégiés. Le créancier a le droit de suite; il peut exercer son droit, en cas de vente du navire, contre le tiers détenteur. C'est le droit commun. Les lois nouvelles ont aussi organisé la purge, pour faciliter la vente des navires; l'acquéreur peut se mettre à l'abri du danger de l'éviction, en remplissant les formalités que la loi a empruntées, en les simplifiant, à la législation civile.

391. Les lois nouvelles ont-elles mis fin aux conflits de droit international que j'ai exposés en commençant cette Etude sur l'hypothèque maritime? Elles ne prévoient pas ces difficultés; il s'en est déjà présenté, et il s'en présentera d'autres. Peut-être le législateur aurait-il bien fait de les décider dans une matière où le conflit des lois diverses est inévitable.

Un premier point est certain, c'est que le conflit entre la législation française et la législation belge a disparu : notre loi de 1879 a reproduit la loi de 1874. Toutefois, il y a des différences que je viens de signaler. D'après la loi française, les navires de vingt tonneaux et au-dessus peuvent seuls être hypothéqués; tandis que la loi belge permet d'hypothéquer tout navire. De là la question de savoir si l'hypothèque consentie en Belgique sur un navire de moins de vingt tonneaux vaudrait en France. La négative est certaine, si l'on admet le principe que j'ai suivi dans le cours de cette Etude : l'hypothèque dépend du statut réel, et ce statut est d'intérêt public; donc il ne peut y avoir en France d'hypothèque maritime, en dehors des conditions prévues par la loi territoriale. Vainement dirait-on que le créancier hypothécaire a un droit acquis, qu'il peut faire valoir partout : la loi belge qui crée ce droit de préférence formant un statut réel, est par cela même limitée au territoire sur lequel le législateur exerce son autorité; hors du territoire de Belgique, règne une autre souveraineté, qui seule a le pouvoir de décider sous quelle condition un navire peut être hypothéqué. Tel est le droit strict. Les principes du droit civil devraient être élargis, dans les matières commerciales, notamment quand il s'agit d'un gage aussi mobile que l'hypothèque mari-

time. Que devient la garantie hypothécaire si le créancier ne peut pas l'exercer à l'étranger? Or, la chose hypothéquée, le navire, se trouve presque toujours hors de Belgique. Les traités devront prévoir la difficulté; les lois sont impuissantes, puisque leur autorité s'arrête à la limite du territoire.

Il y a d'autres différences entre les deux lois, en ce qui concerne les formes. J'en dirai un mot plus loin.

391 *bis*. L'hypothèque maritime, telle qu'elle est organisée en France et en Belgique, a été empruntée au droit anglais. Néanmoins le conflit des lois subsiste, et il donne lieu à des questions très délicates.

On demande si l'hypothèque consentie en Angleterre vaudra en France. Il faut d'abord distinguer si l'hypothèque est établie sur un vaisseau anglais ou sur un vaisseau français. Dans cette dernière hypothèse, y a-t-il lieu d'appliquer l'article 2128 du code civil? Abrogé en Belgique par la loi hypothécaire, cet article est toujours en vigueur en France : « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités. » Cette disposition a été vivement critiquée et non sans raison; ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans ce débat; il s'agit de savoir si l'article 2128 s'applique à l'hypothèque d'un navire. Lors de la discussion du code civil, il n'y avait pas d'hypothèque mobilière; l'article 2128 suppose qu'une hypothèque est consentie, à l'étranger, sur un immeuble situé en France. En faut-il induire que la disposition n'est pas applicable à l'hypothèque maritime? Dans la pensée du législateur français, l'article 2128 est la conséquence d'un principe essentiel, celui de la souveraineté territoriale. Confondant les conventions avec la force exécutoire des actes passés en pays étranger, les auteurs du code civil ont cru que ce serait porter atteinte à la souveraineté française, si un immeuble situé en France pouvait être frappé d'une hypothèque et démembré en vertu d'un acte reçu par un officier public étranger. Ce principe, quoique faux, reçoit son application à l'hypothèque d'un navire

aussi bien qu'à l'hypothèque d'un immeuble. Le code civil est conçu dans les termes les plus généraux : un *contrat* passé en pays étranger ne peut donner d'hypothèque en France sur un *bien français;* le texte est certainement applicable à un navire français, et je crains bien qu'il n'en soit de même de l'esprit de la loi, très hostile à tout acte fait en vertu d'une loi étrangère : n'y aurait-il pas quelque chose d'absurde à décider qu'un immeuble de mille francs ne peut être hypothéqué en Angleterre, tandis qu'un vaisseau d'une valeur de quatre millions pourrait être grevé d'hypothèque par un acte passé à l'étranger? La cour de cassation de France s'est prononcée pour l'opinion contraire. Je transcris le motif de l'arrêt : « Si, aux termes de l'article 2128, les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur des biens de France, cette disposition, d'après son texte comme d'après son esprit, ne s'applique qu'aux immeubles situés en France, et ne peut, par conséquent, être étendue aux navires étrangers qui ne se trouvent qu'accidentellement en France, et qu'une fiction légale, sur laquelle repose la sécurité des mers et du commerce maritime, répute partie intégrante du pays dont ils portent le pavillon (1). » J'ai fait d'avance mes réserves contre la *fiction légale :* si l'on demandait à la cour de cassation quelle est la *loi* qui établit cette *fiction?* et y a-t-il une *fiction légale* sans *loi?*

Autre est la question de savoir si l'hypothèque maritime consentie en Angleterre sur un navire anglais aurait effet en France, sans l'observation des formes prescrites par la loi française? Le régime hypothécaire est, en principe, d'ordre public; cela ne saurait être contesté quand il s'agit de colloquer un créancier étranger, en vertu d'une convention passée en pays étranger; pour avoir effet en France, elle devra être inscrite, conformément à la loi française; cela n'est pas douteux. Je vais y revenir en examinant la seconde question que je viens de poser.

392. Une hypothèque consentie en Angleterre sur un navire anglais est-elle valable en France? On demande

(1) Cassation, 25 novembre 1879 (Sirey, 1880, 1, 257).

d'abord si, considéré en lui-même, l'acte est valable. Sous ce rapport, il n'y a aucun doute. Il s'agit d'une simple convention, autorisée par la loi française comme par la loi anglaise; les principes des deux législations sont identiques quant au fond et quant à la forme. L'hypothèque maritime est admise en France et en Angleterre, et les lois des deux pays se contentent d'un écrit sous seing privé. La convention, valable au fond et dans la forme en Angleterre, doit être valable en France. Ce que je dis de la France s'applique à la Belgique, les deux pays étant régis par la même législation. Reste à savoir sous quelles conditions l'hypothèque pourra être exercée.

Faut-il que l'acte passé en Angleterre soit déclaré exécutoire en France? L'article 546 du code de procédure soumet à cette formalité les actes reçus par les *officiers publics* étrangers; or dans la constitution de l'hypothèque maritime, il n'intervient pas d'officier public, ce qui paraît décider la question. Toutefois, il reste une difficulté; l'hypothèque se réalise par la saisie et par la vente forcée; le créancier anglais peut-il, en vertu d'un acte sous seing privé, saisir en France le navire qui est hypothéqué pour la garantie de sa créance? D'après le code de procédure, nul acte ne peut être mis à exécution s'il ne porte le même intitulé que les lois et s'il n'est terminé par un mandement aux officiers de justice donné au nom du roi, ou du chef du pouvoir exécutif (art. 545). Il faudra donc que le créancier anglais obtienne un jugement en France, quand il voudra saisir le navire pour le faire vendre.

L'exercice du droit hypothécaire est encore soumis à une autre condition; aucune hypothèque n'a d'effet à l'égard des tiers que par l'inscription (C. civ., art. 2134). Faut-il que le créancier anglais fasse inscrire son hypothèque en France, conformément à la loi du 10 décembre 1874, pour qu'il y puisse exercer son droit de préférence, et, s'il y a lieu, le droit de suite? L'affirmative n'est pas douteuse, si l'hypothèque est consentie sur un navire français; elle n'aura d'effet en France qu'en vertu de l'inscription. Cette formalité est prescrite pour sauvegarder les intérêts des tiers; cela est décisif. Alors même

que l'hypothèque aurait été inscrite en Angleterre, conformément à la loi anglaise de 1854, elle devrait néanmoins être rendue publique en France; la publicité dépend du statut réel, l'hypothèque ne saurait avoir d'effet sur le territoire français que conformément à la loi territoriale. Si l'hypothèque a été consentie en Angleterre, sur un navire anglais, et si elle a été rendue publique conformément à la loi anglaise, devra-t-elle être de nouveau inscrite en France, en vertu de la loi de 1874? Oui, dans mon opinion. Il n'y a de préférence, entre créanciers, qu'en vertu de la loi territoriale, et en conformité avec cette loi : tel est le principe fondamental en cette matière (n° 370), et il est décisif.

La question a été jugée en ce sens par la cour d'Aix : « Si l'hypothèque donnée sur un navire en un pays étranger peut aujourd'hui produire des effets en France, ce ne peut être qu'à la charge par le créancier de se conformer aux prescriptions de la loi française. En effet, l'hypothèque, soit qu'elle porte sur un meuble ou sur un immeuble, est un droit réel, faisant partie du statut réel; dès lors l'hypothèque ne peut être exercée en France que par application et en conformité des lois qui régissent le territoire. » Dans l'espèce, le créancier hypothécaire n'avait pris aucune inscription en France; il invoquait la transcription de son titre qu'il avait faite au tribunal de commerce de Syra, conformément à la loi grecque; mais la cour dit très bien que la publicité faite en Grèce ne peut pas tenir lieu de la publicité qui doit se faire en France pour avertir les tiers Français (1). Sur le pourvoi, l'arrêt a été cassé. Je transcris le motif : « Attendu que les formalités prescrites par la loi du 10 décembre 1874 ne pouvant s'appliquer qu'à l'hypothèque sur les navires français, leur inaccomplissement en ce qui concerne l'hypothèque sur les navires étrangers ne saurait faire obstacle à ce que cette hypothèque reçoive son effet en France, lorsqu'elle a été régulièrement constituée suivant la loi des pays auxquels appartiennent ces navires (2). »

La cour de cassation ne tient aucun compte de la nature

(1) Aix, 22 novembre 1876 (Dalloz, 1877, 2, 103).
(2) Cassation, 25 novembre 1879 (Sirey, 1880, I, 257).

du statut qui règle l'efficacité de l'hypothèque, et le droit de préférence qui en résulte à l'égard des autres créanciers. Le statut est-il réel, la loi française doit recevoir son application. La cour ne dit rien sur cette question, qui formait cependant l'objet essentiel du débat. Je l'ai si souvent discutée qu'il est inutile d'y revenir. Le principe, tel que la cour de cassation le formule, me paraît inadmissible. Suffit-il qu'une hypothèque ait été constituée régulièrement d'après une loi étrangère, pour qu'elle reçoive son effet en France? Cette proposition, conçue dans des termes aussi généraux, est une vraie hérésie juridique. Est ce qu'une hypothèque occulte, valable d'après une loi étrangère, vaudrait en France? Non, certes. Or, quand est-elle occulte? Quand elle n'a pas été rendue publique d'après les formes prescrites par la loi territoriale, car la publicité est une loi essentiellement réelle.

M. Lyon-Caen a pris la défense de l'arrêt que je me permets de critiquer (1). Je regrette de ne pouvoir partager son avis. L'auteur est grand partisan de la loi du pavillon. Je crois inutile de revenir sur ce débat; en attendant que la loi du pavillon soit consacrée par des traités, je m'en tiens aux principes du droit civil international. M. Lyon croit qu'ils reçoivent une exception pour les navires. Admettre une exception sans qu'il y ait une loi, cela ne s'appelle-t-il pas faire la loi? Or, nous avons une loi, et loin de faire une différence entre l'hypothèque d'un navire et l'hypothèque d'un immeuble, la loi de 1874 applique à la première les principes qui régissent l'hypothèque ordinaire. Il en est ainsi notamment de la publicité. Y a-t-il des raisons pour dispenser l'hypothèque d'un navire, constituée à l'étranger, de toute publicité en France? Soit, que le législateur l'en dispense; mais il me paraît impossible d'admettre que l'interprète le fasse.

III. *De l'hypothèque légale.*

393. La loi accorde une hypothèque à certains créanciers qui ne peuvent pas veiller eux-mêmes à leurs inté-

(1) Sirey, 1880, 1, 258.

rêts, par suite d'une incapacité naturelle ou légale. En ce sens, les hypothèques légales sont d'intérêt public : les droits de toute personne doivent être sauvegardés. S'il y a des incapables, le devoir de protection qui incombe à la société l'oblige à intervenir, sinon leurs droits périraient, ce qui accuserait l'imperfection de la loi.

La loi place d'abord parmi les incapables les femmes mariées. Quant aux droits qui naissent lors du mariage, la femme est capable de droit, mais elle est moralement incapable de stipuler des garanties qui seraient un acte de défiance à l'égard de son futur. Pendant le mariage, la femme est frappée d'incapacité légale, on ne peut pas demander qu'elle stipule des sûretés hypothécaires contre le mari dans la dépendance duquel elle se trouve.

Les mineurs et interdits sont les incapables par excellence, les uns par leur âge, les autres par suite de la terrible maladie qui les prive de l'usage de la raison. La plupart des aliénés ne sont pas interdits; on les place dans un hospice ou dans une maison de santé, et on leur nomme un administrateur provisoire dont les fonctions sont analogues à celles du tuteur. D'après la loi du 8 juin 1850 (art. 47), les personnes placées dans un établissement d'aliénés ont une hypothèque légale sur les biens de l'administrateur, pour leurs droits et créances; c'est une hypothèque identique à celle des mineurs et interdits.

L'Etat, les provinces, les communes et les établissements publics ont une hypothèque sur les biens des receveurs et administrateurs comptables, pour les créances qu'ils peuvent avoir contre eux à raison de leur gestion. Il importe à la société que les personnes civiles aient une garantie contre ceux qui manient des deniers affectés à un service public. Comme les personnes civiles n'ont qu'une existence fictive, la loi a dû veiller à leurs intérêts en leur accordant une hypothèque de plein droit.

Les hypothèques légales étant accordées par la loi à raison du devoir de protection qui incombe à l'Etat, il s'ensuit que c'est au législateur de chaque pays de voir si les incapables doivent avoir des sûretés hypothécaires, ou

s'il faut leur donner une autre garantie. Nous allons voir les conséquences qui résultent de ce principe, en ce qui concerne la nature du statut qui régit l'hypothèque légale.

394. Avant d'entrer dans cet examen, je constate les différences qui existent, sous le rapport de l'hypothèque légale des incapables, entre le code Napoléon et les législations qui procèdent du code français. Le code italien n'a pas maintenu l'hypothèque légale de l'Etat et autres personnes civiles, et avec raison. Quoique l'Etat soit une personne fictive, ses intérêts sont pleinement sauvegardés par les administrations qui gèrent le patrimoine public; et on en peut dire autant des autres personnes civiles, elles ont des administrateurs chargés de veiller à leurs intérêts, et sur la responsabilité desquels la loi peut se reposer. Les aliénés non interdits n'ont pas d'hypothèque légale d'après le code italien, sans doute parce que le régime de la collocation n'a pas été introduit en Italie.

Le code des Pays-Bas est allé plus loin; il n'a pas même maintenu l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs et interdits. Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette innovation; elle prouve que l'hypothèque légale dépend avant tout de la loi du pays auquel appartiennent les incapables. Cela est d'évidence en ce qui concerne l'Etat et les autres personnes civiles publiques. Les personnes civiles étrangères ne peuvent pas réclamer, en France, une garantie que la loi qui lesa créées n'a pas jugé nécessaire de leur accorder. Ici on applique, sans doute aucun, le principe que toute cause de préférence est territoriale, et ne peut être réclamée que par la personne à laquelle la loi l'accorde; or, le code Napoléon, en parlant de l'Etat, entend certainement l'Etat français; il en est de même des communes et des établissements publics. Si l'on admettait que les personnes publiques étrangères ont une hypothèque légale sur les biens que leurs administrateurs comptables possèdent en France, on aboutirait à cette conséquence que l'Etat italien aurait en France une garantie qu'il n'a point d'après la loi italienne, et que le législateur italien a jugée inutile; or, il est de principe que les personnes civiles ne peuvent avoir en

pays étranger des droits qu'elles n'ont point dans le pays où elles ont été créées. Je renvoie à mon Etude sur les corporations.

Pour que les personnes civiles puissent réclamer une hypothèque légale en pays étranger, il faut supposer que la loi du pays où elles ont été créées leur accorde une sûreté réelle. Il faut de plus que cette sûreté existe d'après la loi de la situation des biens; c'est l'application du principe traditionnel : pas de préférence réelle entre les créanciers sans loi territoriale qui l'accorde. De là suit que l'Etat et les autres personnes civiles qui, d'après la loi belge, ont une hypothèque sur les biens des administrateurs comptables n'auraient pas cette hypothèque dans les Pays-Bas, ni en Italie, puisqu'elle n'y existe pas, et il ne saurait y avoir entre créanciers une préférence fondée sur un droit dans un immeuble, si la législation du pays où l'immeuble est situé ne consacre pas ce droit; le sol des Pays-Bas, le sol d'Italie ne peuvent être démembrés en vertu d'une loi étrangère. Quand une personne civile jouit de l'hypothèque légale dans le pays où elle a été créée, et que ses administrateurs possèdent des immeubles dans un pays dont la loi consacre cette hypothèque au profit des personnes civiles analogues qui y existent, alors rien n'empêche qu'elle réclame son droit de préférence. Bien entendu qu'elle devra remplir les conditions requises par la législation territoriale pour la conservation et l'exercice du droit hypothécaire. Ainsi l'Etat français jouira en Belgique de l'hypothèque légale sur les biens des comptables. Mais l'hypothèque devra être inscrite et spécialisée dans l'inscription, conformément à la loi territoriale.

395. L'hypothèque légale des incapables proprement dits, femmes mariées, mineurs, interdits, aliénés colloqués, est-elle un statut personnel ou réel? Il faut d'abord distinguer deux ordres d'idées que la jurisprudence a parfois confondus. L'hypothèque légale est-elle un droit civil dans le sens de l'article 11 du code Napoléon, c'est-à-dire un droit que les étrangers ne peuvent exercer en France, sauf dans le cas où ils jouissent des droits civils.

Si cette question est résolue affirmativement, celle de la nature du statut viendra à tomber dans les cas où l'étranger ne jouit point des droits civils. La question est très controversée. La jurisprudence française s'est prononcée pour l'affirmative. Je me borne à citer le dernier arrêt de cassation qui a été rendu sur les conclusions contraires de l'avocat général Raynal, mort président de la cour (1).

La cour commence par poser en principe que l'établissement d'une hypothèque légale en faveur des femmes est une création expresse de la loi positive, ce qui est très vrai. Elle en conclut que cette hypothèque est un droit civil. Pour donner à la femme étrangère une hypothèque légale en France, la cour d'Alger invoquait l'article 3 du code Napoléon, aux termes duquel les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ; la cour en concluait qu'ils sont soumis à toutes les charges créées par la loi territoriale, et, par conséquent, à l'hypothèque légale. Voilà la confusion que je viens de signaler : avant de décider que l'hypothèque légale est un statut réel qui frappe tous les immeubles situés en France, il faut voir si ce droit est de telle nature qu'il puisse être exercé par un étranger : si le droit est civil de sa nature, l'étranger ne pourra l'exercer que sous la condition qu'il jouisse des droits civils, et s'il n'en jouit pas, la question de la nature du statut ne peut se présenter. La cour de cassation rétablit les vrais principes. Il s'agit de savoir si la femme étrangère peut réclamer en France un droit qui n'existe qu'en vertu de la loi française ; ce droit est-il civil ou non? Ce n'est pas l'article 3 qui décide cette question, c'est l'article 11 ; or, cet article ne permet à l'étranger d'exercer un droit civil en France, qu'à titre de réciprocité, et, dans l'espèce, il n'y avait pas de traité.

Je constate la jurisprudence, sans approuver la loi ; elle témoigne, au contraire, contre la loi. L'étranger peut avoir en France une hypothèque conventionnelle ou

(1) Cassation du 20 mai 1862, après délibéré en chambre du conseil (Sirey, 1862, 1, 673).

judiciaire; cela prouve que dans son essence l'hypothèque n'est pas un droit civil; et pourquoi deviendrait-elle un droit civil, quand le législateur l'accorde à ceux qui, à raison de leur incapacité, n'ont pas pu la stipuler? Le législateur l'établit pour eux, parce que son devoir est de protéger les incapables; est-ce que par hasard il n'aurait pas le devoir de protéger les incapables étrangers? Voilà la profonde iniquité que consacre le code français, en excluant les étrangers de la jouissance des droits dits civils : l'étranger est un ennemi, fût-ce une femme, un enfant ou un aliéné : il ne devient ami, un être capable de droit, qu'en vertu d'un traité. Cela était vrai du temps des XII Tables, cela ne devrait plus être vrai en plein dix-neuvième siècle. C'est ce qu'a pensé le législateur belge en donnant au mineur étranger et à la femme étrangère une hypothèque légale sur les biens de son mari situés en Belgique. Il va sans dire que l'hypothèque légale des incapables étrangers devra être spécialisée et inscrite, conformément à la loi belge. L'article 2 additionnel ajoute : « Si l'inscription est fondée sur des actes passés à l'étranger, elle ne pourra être prise qu'après que ces actes auront été visés par le président du tribunal de la situation des biens, conformément à l'article 77 de la présente loi. » Je reviendrai sur le visa.

396. Le statut de l'hypothèque légale est-il réel ou personnel? Le code des Pays-Bas a aboli l'hypothèque légale des incapables: de là la question de savoir si les incapables néerlandais auront une hypothèque légale sur les biens du mari ou du tuteur situés en Belgique, et si les incapables belges auront une hypothèque sur les biens situés dans les Pays-Bas. Quant aux femmes et mineurs français, ils auront une hypothèque légale en Belgique, puisqu'elle leur est accordée par leur loi personnelle, le code civil, et par la loi territoriale, la loi hypothécaire belge. Par contre, les femmes et mineurs belges n'auront pas d'hypothèque légale en France, à moins qu'ils n'y jouissent des droits civils.

La question de savoir si l'hypothèque légale forme un statut réel ou un statut personnel n'a pas été décidée par

le législateur belge. Mais elle a été prévue dans le rapport présenté au sénat, au nom de la commission spéciale, par M. d'Anethan (1). Le rapporteur s'est prononcé pour la personnalité du statut; c'est, à mon avis, la bonne solution. Les incapables étrangers ne pourront donc réclamer d'hypothèque légale en Belgique que si la loi de leur pays leur accorde une hypothèque, ce qui décide l'une des questions que je viens de poser : les femmes et mineurs néerlandais n'auront pas d'hypothèque légale sur les biens que leurs maris ou tuteurs possèdent en Belgique. La raison en est que les garanties dont jouissent les incapables leur sont accordées à raison de leur incapacité; elles dépendent par cela même de leur statut personnel; c'est donc la loi étrangère qui détermine les garanties auxquelles les mineurs et femmes mariées ont droit. Comme le code des Pays-Bas ne leur donne pas d'hypothèque, ils ne peuvent en avoir une en Belgique : en effet, les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes suivent la personne partout où elle réside et partout où elle a des droits à exercer. En droit, cela est incontestable; en fait, cela nous paraît choquant, puisqu'il en résultera que des mineurs néerlandais ne jouiront pas des garanties dont jouissent les mineurs belges; mais cette inégalité n'est pas imputable à notre législation. Il serait absurde que des mineurs étrangers eussent chez nous des droits qu'ils n'ont point d'après leur loi nationale. Le législateur belge doit sans doute sa protection aux étrangers; mais tout ce qu'il est tenu de faire, c'est de sauvegarder les droits que les incapables étrangers ont en vertu de leur loi personnelle; si le législateur néerlandais a décidé que la garantie hypothécaire leur est inutile, le législateur belge ne peut décider qu'elle leur est utile.

397. Je passe à la seconde question que j'ai posée : les incapables français ou belges auront-ils une hypothèque légale dans les Pays-Bas? La négative est géné-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 181, n° 116. En sens divers, Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 151, n° 67 et la note de Demangeat; Brocher, *Droit international privé*, p. 135, n° 77, et p. 2[illegible]0, n° 87; Merlin, *Répertoire*, au mot *Remploi*, § II, n° 9; t. XVIII, p. 90 de l'édition de Bruxelles).

ralement enseignée, et avec raison. On peut d'abordi nvoquer la tradition. Il ne saurait y avoir un droit réel de préférence qu'en vertu du statut réel; si la loi de la situation n'admet pas l'hypothèque légale en faveur des femmes et des mineurs, les biens situés dans le territoire de la loi ne peuvent être grevés de cette hypothèque. On objectera que, dans mon opinion, si les père et mère ont la jouissance des biens de leurs enfants, quoique situés dans un pays dont la loi ne donne pas l'usufruit aux parents. pourquoi les mineurs n'auraient-ils pas sur les biens situés en pays étranger une hypothèque légale, quoique la loi territoriale ne l'accorde pas (1)? L'objection est spécieuse, mais on peut y répondre, et la réponse me paraît péremptoire. La question était déjà discutée dans l'ancien droit, en ce qui concerne la femme; on la décidait généralement contre elle (2). L'usufruit légal n'intéresse pas les tiers; c'est un avantage pécuniaire attaché à l'exercice de la puissance paternelle : cet avantage peut être réclamé par le père sans que l'ordre social soit troublé dans le pays où il demande à l'exercer. Il n'en est pas de même de l'hypothèque légale des incapables : elle intéresse les tiers, au plus haut degré, puisque les incapables primeront les créanciers chirographaires. Conçoit-on que les créanciers néerlandais, qui se croyaient à l'abri du danger dont les menace l'hypothèque légale, se voient primés par des incapables étrangers, qui viendront exercer leurs droits, souvent très considérables, au préjudice des créanciers indigènes? Le statut personnel, en vertu duquel les créanciers étrangers réclament une préférence, serait en opposition avec le statut territorial qui le refuse aux créanciers indigènes; or, il est de principe que le statut territorial, quand il concerne les intérêts de la société, domine tout statut étranger. Cela me paraît décisif.

398. D'après notre loi hypothécaire, les femmes et les mineurs français auront une hypothèque légale sur les

(1) Demangeat, sur Fœlix, p. 152, note, dit qu'il faut appliquer le même principe à l'usufruit légal et à l'hypothèque légale. De même Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 95, n° 135.

(2) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, Appendice, p. 47.

biens de leurs maris et tuteurs situés en Belgique. Mais ici s'élève un nouveau conflit. L'hypothèque légale des incapables, telle que le code français l'organise, a été profondément modifiée par la loi belge: de générale et occulte qu'elle était, elle est devenue spéciale et publique. Il est certain que les incapables français ne pourront pas réclamer en Belgique une hypothèque générale et occulte; leur statut personnel se heurterait contre la loi belge; il faut donc que leur hypothèque soit spécialisée et inscrite. Quant à l'inscription, il n'y a pas de difficulté pratique, elle se fera par le conservateur des hypothèques; mais qui pourra et qui devra requérir l'inscription? La loi belge donne le droit de requérir l'inscription de l'hypothèque de la femme au juge de paix du domicile du mari, et au procureur du roi; dans l'espèce, il s'agit de magistrats français : la loi belge ne pourrait leur imposer une obligation, mais elle peut leur donner un droit, donc le juge de paix et le procureur de la République française pourront requérir l'inscription de l'hypothèque de la femme française. Quant à l'hypothèque légale du mineur, la loi belge désigne les personnes qui doivent prendre l'inscription; le subrogé tuteur y est tenu, dit l'article 52, sous sa responsabilité personnelle, et le tuteur, sous peine de destitution : ces sanctions deviennent inapplicables quand la tutelle s'ouvre en France. Il en est de même de la défense que fait notre loi hypothécaire au greffier de délivrer les expéditions des délibérations des conseils de famille, tant que l'hypothèque n'a pas été inscrite (art. 52); ainsi que de l'obligation qu'elle lui impose de tenir un état des tutelles, sous la surveillance du juge et la responsabilité du greffier, et avec intervention du procureur du roi et du tribunal de première instance (art. 63). Voilà une disposition dont l'application est impossible pour les tutelles ouvertes en France, et cependant elle figure parmi les garanties que le législateur belge a jugées nécessaires pour assurer la publicité de l'hypothèque légale du mineur. On voit combien il est chanceux d'appliquer aux incapables étrangers des garanties que la loi territoriale organise au profit des incapables indigènes.

La spécialisation souffre de nouvelles difficultés. C'est le conseil de famille qui spécialise l'hypothèque légale du mineur. Ce conseil, convoqué au domicile du mineur français, ne sait ce que c'est que la spécialisation de l'hypothèque légale; il ignorera régulièrement les dispositions de la loi belge, et les droits qu'elle lui accorde, ainsi que les conditions requises pour que l'hypothèque légale du mineur devienne efficace en Belgique. Il faudrait des mesures d'exécution, des conventions internationales, pour que le bienfait de la loi ne reste pas dérisoire.

399. Sous l'empire du code Napoléon, on admet que les légataires ont une hypothèque légale pour sûreté de leurs legs. La loi hypothécaire belge n'a pas maintenu cette hypothèque, elle l'a remplacée par l'hypothèque testamentaire, laquelle est facultative (n° 375). De là une double conséquence : si une succession s'ouvre en Belgique, les légataires français n'auront pas d'hypothèque légale sur les biens qui y sont situés, puisque la loi territoriale seule peut créer des droits réels de préférence (n° 370): et les légataires belges ne pourront pas réclamer sur les immeubles français l'hypothèque que le code civil leur accorde, puisqu'ils ne peuvent pas, à l'égard des créanciers belges, avoir un droit de préférence que la loi belge ne reconnaît pas.

Que faut-il décider si la succession s'ouvre en France? Les légataires français auront une hypothèque sur les biens situés en France, puisque la succession est régie, à leur égard, par la loi française; mais s'il y avait des biens situés en Belgique, ces biens ne seraient point frappés d'hypothèque à leur profit, l'hypothèque légale accordée par le code français étant limitée au territoire, et la loi territoriale belge ne reconnaissant pas d'hypothèque aux légataires. La question est plus douteuse à l'égard des légataires belges. Comme la succession s'ouvre en France, on pourrait dire qu'en vertu de l'article 3 elle est régie par la loi française, et que celle-ci donne une hypothèque à tout légataire, en supposant qu'il ait la jouissance des droits civils en France. C'est mal raisonner, me semble-t-il.

Il est vrai que le statut des successions est immobilier; mais ce principe ne concerne que la dévolution et la distribution des biens, les droits et les obligations des héritiers; la réalité du statut est étrangère aux garanties dont jouissent les légataires. Celles-ci dépendent, en principe, de la loi qui régit le testament; il n'y a pas d'intérêt général en cause; or, le légataire belge n'a pas d'hypothèque en vertu de la volonté du testateur, celui-ci ne lui ayant pas donné d'hypothèque par son testament; et il est difficile d'admettre que la loi française lui accorde une sûreté que la volonté du testateur belge lui a refusée.

N° 3. LES CRÉANCIERS PRIVILÉGIÉS.

400. Les priviléges sur les immeubles sont des hypothèques privilégiées. Mais l'hypothèque n'a date à l'égard des tiers que du jour où elle est inscrite; tandis que, d'après le code civil, les priviléges rétroagissent régulièrement. Ce système a été changé par la loi belge; elle a aboli la rétroactivité en attachant la conservation des priviléges à la transcription de l'acte qui donne naissance à la créance privilégiée. De là suit que les principes qui régissent l'hypothèque s'appliquent aux priviléges. Quant au droit de préférence, qui constitue l'essence du privilége comme de l'hypothèque, il n'y a plus de différence entre le privilége immobilier et l'hypothèque, sauf celle que je signalerai plus loin. Il faut donc dire du privilége ce que j'ai dit de l'hypothèque; c'est un droit territorial qui dépend de la situation des biens. Il y a toutefois une différence quant à la cause du privilége. La loi belge a maintenu la définition que le code Napoléon en donne; le créancier privilégié est préféré à raison de la qualité de sa *créance;* tandis que l'hypothèque légale est établie à raison de la faveur que mérite le créancier incapable. Je dirai plus loin les conséquences qui découlent de cette différence.

401. Je commence par énumérer les priviléges immobiliers, en ajoutant la raison pour laquelle certaines créances sont munies d'un privilége. C'est la loi qui crée

les priviléges, comme elle crée certaines hypothèques dites légales; on peut dire aussi des priviléges que ce sont des droits légaux. Il est vrai que d'après l'article 12 le privilége est une préférence que la *qualité* de la créance donne, mais c'est le législateur qui détermine cette qualité, et lui seul a ce pouvoir. Sous ce rapport encore, il y a analogie complète entre le privilége et l'hypothèque légale; l'une et l'autre cause de préférence ont leur principe dans la loi, c'est dire que le législateur les crée, et qu'il ne saurait y avoir de privilége sur un immeuble situé en France, en vertu d'une loi étrangère. Vainement le créancier invoquerait-il sa loi personnelle qui place sa créance parmi les priviléges, il ne peut avoir de droit dans le sol, qu'en vertu de la puissance souveraine qui gouverne le sol; le privilége, en ce sens, est d'ordre public, et partant de statut réel (1). C'est encore la loi territoriale qui détermine les droits attachés au privilége, et les conditions sous lesquelles le créancier les exerce. Le créancier français qui a en Belgique le privilége du vendeur ne peut plus se prévaloir de la rétroactivité que le code Napoléon accorde à son droit; cette rétroactivité fait partie du statut réel, qui ne dépasse pas les limites du territoire, c'est un effet du privilége assis sur un immeuble français; cet effet n'existe pas sur les immeubles belges.

La jurisprudence française est en ce sens. Il a été jugé que le créancier étranger qui réclame un privilége établi par la loi française doit prouver l'accomplissement des formalités exigées par cette loi. Notamment le prêteur qui a fourni des fonds pour les besoins du navire pendant le dernier voyage ne peut exercer le privilége que la loi lui accorde, qu'autant que la nécessité de l'emprunt est justifiée au moyen d'états arrêtés par le capitaine et les principaux de l'équipage. Dans l'espèce, l'emprunt avait été contracté à l'étranger pour un navire étranger, et par un capitaine étranger, ignorant les prescriptions de la loi française. On invoquait ces circonstances et la bonne foi du prêteur. La cour d'Aix répond qu'en matière de privi-

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 311, n° 221.

lége tout est de droit étroit; elle ne parle pas de statut, parce que, dans l'espèce, il n'y avait pas conflit entre la loi personnelle du capitaine et la loi française; dès lors l'application de la loi territoriale n'était pas douteuse (1).

La même cour a jugé par le même arrêt que le privilége attribué au capitaine et aux gens de l'équipage pour les gages et loyers du dernier voyage n'a lieu que si lesdits gages et loyers sont justifiés par les rôles d'armement et de désarmement arrêtés dans les bureaux de l'inscription maritime. Dans l'espèce, le capitaine et les gens de l'équipage étaient étrangers, et comme tels ils n'étaient pas soumis aux règles de l'inscription maritime. La cour a décidé que, réclamant un privilége en vertu de la loi française, ils devaient se soumettre aux prescriptions de cette loi (2).

402. Le code civil ainsi que la loi belge déterminent d'abord les conditions requises pour l'existence des priviléges, puis le législateur prescrit la publicité pour la conservation des priviléges, c'est-à-dire pour qu'ils puissent être exercés. Dans le système de la loi belge, les priviléges se conservent par la transcription de l'acte translatif ou déclaratif de propriété d'où procède le privilége; c'est en vue de la transcription que la loi règle les conditions qu'elle exige pour l'existence des priviléges. De là la conséquence que les conditions d'existence, aussi bien que les conditions de conservation, dépendent du statut réel; pour ces dernières, il n'y a aucun doute, puisque la publicité prescrite dans l'intérêt des tiers est essentiellement territoriale, et de statut réel; et cela est certain aussi des conditions d'existence, qui se lient aux conditions de conservation ; d'ailleurs il ne saurait y avoir de causes de préférence immobilière en dehors de la loi de la situation.

403. Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont :

1° « Le vendeur, sur l'immeuble vendu, pour le payement du prix. » Il enrichit le patrimoine du débiteur com-

(1) *Code de commerce*, art. 191, n° 7, et art. 192, n° 5.
(2) Aix, 9 décembre 1870 (Sirey, 1871, 2, 115.)

mun par la vente; il serait injuste que les autres créanciers eussent un gage sur la chose sans être tenus d'en payer le prix. Comme ce privilége se conserve par la transcription, il faut que la vente soit constatée par un acte authentique, lequel doit indiquer que le prix est dû. Si le vendeur veut inscrire son privilége, il doit présenter au conservateur des hypothèques une expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilége; donc, dans cette hypothèse encore, il faut un acte.

2° « Les copermutants, sur les immeubles réciproquement échangés, pour le payement des soultes et retours. » Jusqu'à concurrence de la soulte, l'échange est une vente. Il y aussi même raison de privilégier la soulte et le prix de vente, car la soulte fait entrer la partie de l'immeuble pour laquelle elle est stipulée dans le patrimoine du copermutant qui doit la payer; donc il y a identité de motifs.

En cas d'éviction, le copermutant évincé a un privilége pour les dommages-intérêts qu'il peut réclamer; ces dommages-intérêts représentent la valeur du fonds dont il est évincé. Il y a, dans ce cas, une véritable vente, l'échangiste qui garde l'immeuble qu'il a reçu en paye le prix sous forme de dommages-intérêts; le copermutant doit donc avoir le privilége qui est accordé au créancier du prix de vente. La loi ajoute que l'acte d'échange doit fixer le chiffre des dommages-intérêts. Si l'acte ne contient pas cette déclaration, l'échangiste n'aura pas de privilége. Cette condition tient au mode de publicité organisé par la loi belge. Aux termes de l'article 31, le copermutant conserve son privilége par la transcription du contrat d'échange, stipulant une somme fixe à titre de dommages-intérêts en cas d'éviction. Pour que la transcription rende le privilége public, il faut naturellement que l'acte mentionne la créance privilégiée et en précise le montant, dans l'intérêt des tiers.

3° « Le donateur, sur l'immeuble donné, pour les charges pécuniaires ou autres prestations liquides, imposées au donataire. » Quand la donation se fait avec charge, elle participe de la vente jusqu'à concurrence de

la charge, si la charge consiste dans une somme d'argent, et un contrat analogue, si la charge consiste en une autre prestation; dans l'un et l'autre cas, le privilége se justifie par la considération qu'il est juste que le donateur, créancier de la charge, soit préféré aux autres créanciers, puisque la prestation a fait entrer une partie de l'immeuble dans le gage commun.

La loi veut que l'acte de donation mentionne la prestation, et l'évalue, quand elle ne consiste pas en argent. Cette condition tient au mode de publicité du privilége; il se conserve par la transcription, il faut donc que l'acte transcrit fasse connaître aux tiers le montant exact de la créance privilégiée.

4° Les cohéritiers et copartageants, savoir :

« Pour le payement des soultes ou retours de lots, sur tous les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte. » Le partage ne fait que liquider des droits préexistants; l'égalité est de l'essence de cette liquidation, et, pour que l'égalité existe, il faut que l'héritier créancier de la soulte ait une garantie pour le payement.

« Pour le payement du prix de la licitation sur le bien licité. » Il y a lieu à la licitation, c'est-à-dire à la vente aux enchères, lorsqu'une chose commune à plusieurs ne peut être partagée commodément et sans perte, ou si, dans un partage fait de gré à gré, il s'en trouve quelques-uns qu'aucun copartageant ne veuille ou ne puisse prendre; on vend, dans ce cas, la chose impartageable, et le prix en est distribué entre les copropriétaires (C. Nap., art. 1686). La licitation est tantôt une vente, tantôt un partage. Quand c'est une vente, les colicitants ont le privilége du vendeur. Quand c'est un partage, la part des copartageants dans le prix leur tient lieu de leur part dans la chose ; le privilége leur assure cette part.

« Pour la garantie établie par l'article 884 du code civil sur tous les immeubles compris dans le lot des garants. » Lorsque l'un des copartageants est évincé d'une chose comprise dans son lot, il a une action en garantie contre les autres communistes pour être indemnisé de la perte que lui cause l'éviction (C. Nap., art. 884 et 885).

Le recours en garantie a pour objet de rétablir l'égalité entre les copartageants; la loi le privilégie afin d'assurer le payement de l'indemnité et, par suite, l'égalité. L'acte de partage doit contenir la stipulation d'une somme fixe pour le cas d'éviction. Le privilége se conserve par la transcription de l'acte de partage, il faut donc que cet acte fasse connaître aux tiers le montant exact de la créance privilégiée.

5° Les entrepreneurs, architectes, maçons et autres ouvriers employés pour défricher des terres ou dessécher des marais, pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques, ont un privilége sur l'immeuble dont ils ont augmenté la valeur par leurs travaux (C. Nap., 2103, 4°; loi belge, art. 27, n° 5). Les ouvriers qui, par leur travail, donnent une plus-value à l'immeuble enrichissent le débiteur et, par suite, ses créanciers; il est juste que ceux-ci leur tiennent compte du profit qu'ils en retirent. Le privilége n'est accordé que pour les travaux d'amélioration, et il se réduit à la plus-value résultant des travaux. Pour établir cette augmentation de valeur, la loi veut que l'on dresse deux procès-verbaux, l'un avant que les travaux commencent, pour constater l'état des lieux; et le second après que les travaux sont achevés, afin de constater l'état qui en résulte, et par suite la plus-value que les ouvrages ont procurée au fonds.

404. Les priviléges, comme les hypothèques, sont d'intérêt général, puisqu'ils jouent un grand rôle dans la répartition des deniers provenant de la vente forcée des biens du débiteur. La loi règle ce concours, dans le but de concilier les divers droits qui se trouvent en conflit, de manière que les créanciers reçoivent le payement de ce qui leur est dû, selon la qualité de leurs créances. Cela est d'intérêt général pour tous les créanciers, privilégiés, hypothécaires ou chirographaires. Il suit de là que les priviléges sont une dépendance du statut réel.

L'analogie qui existe entre les priviléges immobiliers et les hypothèques légales soulève quelques difficultés. J'ai dit que, malgré l'analogie, il y a une différence.

Certaines créances sont garanties par un privilége, à raison de leur qualité, qui mérite une faveur particulière, tandis que d'autres sont garanties par une hypothèque légale, à raison de l'incapacité des créanciers. Cette différence est importante, au point de vue du droit international privé. Le statut personnel joue un rôle dans l'hypothèque légale; le législateur qui établit les incapacités a seul qualité pour organiser les garanties qui sont nécessaires aux incapables; s'il leur refuse la garantie hypothécaire, les incapables ne pourront pas la réclamer en France, bien que la loi territoriale semble l'accorder à tout mineur et à toute femme mariée. Quand il s'agit de priviléges immobiliers, l'état de la personne est absolument hors de cause, car le privilége n'est pas accordé à la personne, il est accordé à la créance. De là suit que le statut personnel du créancier ne peut être invoqué ni par lui, ni contre lui.

On pourrait croire que l'autonomie joue un rôle dans le privilége, puisqu'il dépend de certains contrats. Il est vrai que les conventions sont dans le domaine absolu des parties contractantes; mais il n'en est pas de même des priviléges qui en garantissent le payement, ils tiennent à la qualité de la créance, et il n'appartient pas aux particuliers de convenir que leur créance mérite d'être privilégiée; le législateur seul a ce droit. Si la loi ne donne pas de privilége à une créance, les parties intéressées ne peuvent pas la rendre privilégiée; elles peuvent seulement stipuler un gage ou une hypothèque.

Reste la volonté du législateur territorial; c'est lui qui crée les priviléges en décidant que les créances méritent d'être préférées dans le concours des créanciers. Le législateur le fait par des considérations d'équité et de justice, sans tenir compte, ni de la personne du créancier, ni de sa nationalité, ni du lieu où s'est passé le contrat. Il suffit que cette créance existe pour qu'elle soit privilégiée; bien entendu que s'il y a des conditions à remplir pour l'existence du privilége, le créancier doit les observer, puisque ces conditions sont imposées par le statut territorial. De là suit que les contrats de vente, d'échange,

de donation, de partage, d'entreprise d'ouvrages, passés en pays étranger et entre étrangers, donnent privilége sur les immeubles situés en France, si les conditions requises par la loi française sont remplies. En Belgique, il faut des conditions spéciales. Ainsi un copartageant français n'aurait pas de privilége pour cause d'éviction, sur des immeubles situés en Belgique, si l'acte de partage ne contenait pas la stipulation d'une somme fixe en cas d'éviction. Du reste l'extranéité ne pourrait être invoquée contre le créancier étranger, par la raison que le privilége serait un droit civil. D'après la législation belge, cela est certain, puisque l'hypothèque légale a cessé d'être un droit civil; or, le privilége est, au fond, une hypothèque légale. D'après la législation française, la question me paraît douteuse, si l'on admet la jurisprudence de la cour de cassation; l'hypothèque légale étant un droit civil, dans le sens du code Napoléon, il est difficile de ne pas considérer comme tel les priviléges immobiliers, puisque ce sont virtuellement des hypothèques légales.

En droit français, il y a une objection contre l'opinion qui admet l'existence du privilége résultant d'actes faits à l'étranger et entre étrangers, c'est l'article 2128 du code civil, ainsi conçu : « Les *contrats passés en pays étranger* ne peuvent *donner d'hypothèques* sur les *biens de France*, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les traités. » Je viens de dire que le privilége est une hypothèque privilégiée; n'en faut-il pas conclure que l'article 2128 est applicable aux priviléges immobiliers? Ce serait très mal raisonner, me semble-t-il. Cet article suppose que le *contrat donne l'hypothèque*, ce qui est très vrai de l'hypothèque conventionnelle; mais cela n'est pas vrai du privilége qui est attaché à la qualité de la créance; quand la créance naît, à l'étranger, d'un contrat qui y est reçu par un officier public, ce n'est pas le contrat, ni la loi étrangère, ni l'officier public qui créent le privilége, l'acte ne fait que constater l'existence de la créance ; pour que cette créance soit privilégiée, il faut que la loi du lieu où est situé l'immeuble attache un privilége à ladite créance. C'est donc la loi française qui crée le privilége,

sans influence aucune de l'autorité étrangère; or c'est cette influence que les auteurs du code ont voulu écarter (1). En Belgique, l'objection que l'on peut tirer de l'article 2128 vient à tomber, cette disposition étant abrogée par notre loi hypothécaire.

405. Le code Napoléon (art. 2111) qualifie de *privilége* le droit qu'il donne aux créanciers du défunt et aux légataires de demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de l'héritier, et il veut que les ayants droit prennent inscription, dans les six mois, sur les immeubles de la succession, pour conserver ce privilége. Même sous l'empire du code français, la séparation des patrimoines n'était pas un véritable privilége; le législateur belge a mis fin à tout doute, en s'abstenant de lui donner ce nom. La remarque a son importance au point de vue du droit civil international; la séparation des patrimoines n'étant pas un privilége, on ne doit pas appliquer les principes que je viens d'établir sur les priviléges immobiliers. Cela ne veut pas dire que le statut n'est pas réel; seulement, avant de le déclarer réel ou personnel, il faut considérer la matière sous toutes ses faces.

La séparation des patrimoines n'appartient pas au régime hypothécaire; cela résulte de la classification même du code civil; le législateur en traite au titre des Successions, la matière dépend donc du droit héréditaire. En effet, de quoi s'agit-il? L'héritier continue la personne du défunt, et leurs patrimoines se confondent. Par suite, les créanciers du défunt deviennent les créanciers personnels de l'héritier, et les créanciers de l'héritier acquièrent un droit sur les biens de l'hérédité confondus avec ceux de leur débiteur. Si l'héritier est insolvable, ce concours des créanciers de l'héritier avec les créanciers du défunt constituera ceux-ci en perte. La loi leur donne un moyen d'éviter cette perte en demandant la séparation des patrimoines. Ce droit est fondé en équité; les créanciers du défunt avaient pour gage ses biens, suffisants pour les payer intégralement; il est juste qu'ils conservent ce gage,

(1) Comparez Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 100, n° 139.

lorsque leur débiteur vient à mourir, laissant un héritier insolvable. Voilà la séparation des patrimoines : les créanciers du défunt sont payés sur les biens de l'hérédité qui étaient leur gage, de préférence aux créanciers de l'héritier.

La séparation des patrimoines étant une dépendance du droit héréditaire, il suit qu'il faut appliquer, en ce qui concerne le statut de la séparation, les principes qui régissent l'hérédité. C'est une exception à la confusion des patrimoines, celle-ci est régie, comme toute la succession, par la loi de la situation des biens quand il s'agit d'immeubles, et par le statut personnel du défunt quand il s'agit de meubles. Si la succession d'un Français s'ouvre en Italie, on appliquera la loi italienne à la séparation des patrimoines pour les immeubles situés en Italie, et la loi française pour les biens situés en France, ainsi que pour le mobilier héréditaire! Il en résultera de singulières anomalies. D'après le code italien, il faut une demande judiciaire pour les meubles, tandis que, pour les immeubles, l'inscription prise sur les biens suffit (art. 2059 et 2060); en droit français, il faut toujours une demande, au moins dans l'opinion que j'ai professée conformément au texte du code civil (1). D'après le code italien, la séparation doit être demandée ou inscrite dans un délai de trois mois (art. 2057); d'après le code français, les créanciers ont trois ans pour demander la séparation quant au mobilier, et quant aux immeubles, ils peuvent la demander tant que les biens sont dans les mains de l'héritier (art. 880). Ainsi un seul et même droit est régi par des principes différents suivant qu'il s'agit de meubles situés en France, fictivement parlant, ou en Italie; il variera encore pour une seule et même hérédité, selon que les immeubles sont situés en Italie ou en France. Si l'on s'en tenait au statut personnel du défunt, comme le font le code italien et le droit allemand, il n'y aurait qu'une seule hérédité, un seul droit pour les créanciers; ce qui serait très logique, car que demandent-ils? que leur situation

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. X, p. 22, n° 15.

sans influence aucune de l'autorité étrangère; or c'est cette influence que les auteurs du code ont voulu écarter (1). En Belgique, l'objection que l'on peut tirer de l'article 2128 vient à tomber, cette disposition étant abrogée par notre loi hypothécaire.

405. Le code Napoléon (art. 2111) qualifie de *privilége* le droit qu'il donne aux créanciers du défunt et aux légataires de demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de l'héritier, et il veut que les ayants droit prennent inscription, dans les six mois, sur les immeubles de la succession, pour conserver ce privilége. Même sous l'empire du code français, la séparation des patrimoines n'était pas un véritable privilége; le législateur belge a mis fin à tout doute, en s'abstenant de lui donner ce nom. La remarque a son importance au point de vue du droit civil international; la séparation des patrimoines n'étant pas un privilége, on ne doit pas appliquer les principes que je viens d'établir sur les priviléges immobiliers. Cela ne veut pas dire que le statut n'est pas réel; seulement, avant de le déclarer réel ou personnel, il faut considérer la matière sous toutes ses faces.

La séparation des patrimoines n'appartient pas au régime hypothécaire; cela résulte de la classification même du code civil; le législateur en traite au titre des Successions, la matière dépend donc du droit héréditaire. En effet, de quoi s'agit-il? L'héritier continue la personne du défunt, et leurs patrimoines se confondent. Par suite, les créanciers du défunt deviennent les créanciers personnels de l'héritier, et les créanciers de l'héritier acquièrent un droit sur les biens de l'hérédité confondus avec ceux de leur débiteur. Si l'héritier est insolvable, ce concours des créanciers de l'héritier avec les créanciers du défunt constituera ceux-ci en perte. La loi leur donne un moyen d'éviter cette perte en demandant la séparation des patrimoines. Ce droit est fondé en équité; les créanciers du défunt avaient pour gage ses biens, suffisants pour les payer intégralement; il est juste qu'ils conservent ce gage,

(1) Comparez Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 100, n° 139.

lorsque leur débiteur vient à mourir, laissant un héritier insolvable. Voilà la séparation des patrimoines : les créanciers du défunt sont payés sur les biens de l'hérédité qui étaient leur gage, de préférence aux créanciers de l'héritier.

La séparation des patrimoines étant une dépendance du droit héréditaire, il suit qu'il faut appliquer, en ce qui concerne le statut de la séparation, les principes qui régissent l'hérédité. C'est une exception à la confusion des patrimoines, celle-ci est régie, comme toute la succession, par la loi de la situation des biens quand il s'agit d'immeubles, et par le statut personnel du défunt quand il s'agit de meubles. Si la succession d'un Français s'ouvre en Italie, on appliquera la loi italienne à la séparation des patrimoines pour les immeubles situés en Italie, et la loi française pour les biens situés en France, ainsi que pour le mobilier héréditaire! Il en résultera de singulières anomalies. D'après le code italien, il faut une demande judiciaire pour les meubles, tandis que, pour les immeubles, l'inscription prise sur les biens suffit (art. 2059 et 2060); en droit français, il faut toujours une demande, au moins dans l'opinion que j'ai professée conformément au texte du code civil (1). D'après le code italien, la séparation doit être demandée ou inscrite dans un délai de trois mois (art. 2057); d'après le code français, les créanciers ont trois ans pour demander la séparation quant au mobilier, et quant aux immeubles, ils peuvent la demander tant que les biens sont dans les mains de l'héritier (art. 880). Ainsi un seul et même droit est régi par des principes différents suivant qu'il s'agit de meubles situés en France, fictivement parlant, ou en Italie; il variera encore pour une seule et même hérédité, selon que les immeubles sont situés en Italie ou en France. Si l'on s'en tenait au statut personnel du défunt, comme le font le code italien et le droit allemand, il n'y aurait qu'une seule hérédité, un seul droit pour les créanciers; ce qui serait très logique, car que demandent-ils? que leur situation

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. X, p. 22, n° 15.

reste ce qu'elle était du vivant de leur débiteur; ils avaient pour gage ses biens sans distinguer leur nature ni leur situation : ils devraient donc conserver ce gage.

Dans l'application du principe, les diverses lois établissent des règles diverses, notamment en ce qui concerne les immeubles; ici le droit héréditaire se confond avec le droit hypothécaire; c'est dire que le statut devient réel. Le code italien le dit formellement. Les créanciers doivent prendre une inscription sur les immeubles; et la loi décide que cette inscription est une inscription hypothécaire (art. 2065), donc soumise au statut de la situation des biens. Il en est de même en droit français; cela est de l'essence de la publicité qui est prescrite dans l'intérêt des tiers. Les conséquences sont très graves. Le code Napoléon veut que les créanciers prennent inscription dans les six mois; avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie *avec effet* sur les biens de l'hérédité par l'héritier, au préjudice des créanciers (art. 2111). La loi belge (art. 39) étend cette disposition aux aliénations que l'héritier consentirait dans ce délai. C'est seulement quand il n'y a pas d'inscription sur les biens que les tiers peuvent traiter en toute sûreté avec l'héritier. Il se présente bien des difficultés dans l'application de ces principes; je les ai examinées dans mes *Principes de droit civil* (1); ici il suffit de constater que tout ce qui concerne l'efficacité des hypothèques et des aliénations consenties par l'héritier dépend du statut territorial. Dans le système traditionnel, cela n'est pas douteux, et cela est aussi en harmonie avec la doctrine que je professe dans ces Etudes : le statut est réel quand les droits de la société sont en cause, et il en est ainsi quand il s'agit de la validité des aliénations et hypothèques que l'héritier consent au profit des tiers; l'intérêt des tiers doit être sauvegardé et concilié avec l'intérêt des créanciers du défunt : cette conciliation est du domaine de la loi territoriale (2).

(1) Voyez le t. X de mes *Principes*, nos 28-69.

(2) Comparez sur cette matière Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 100, no 140. L'auteur se place sur le terrain de la personnalité du droit héréditaire.

406. Il y a des droits dont la nature est douteuse, ou du moins controversée. Telle est l'antichrèse (1). Le code civil donne ce nom au nantissement d'une chose immobilière (art. 2072). Il y a une grande différence entre ce nantissement et celui d'une chose mobilière; aux termes de l'article 2073, le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, *par privilége et préférence* aux autres créanciers; tandis que l'article 2085 dit de l'antichrèse : « Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance. » L'antichrèse ne donne pas au créancier nanti de l'immeuble un droit réel qu'il pourrait opposer aux tiers, c'est une simple convention faite avec le débiteur, et qui a pour but unique de faciliter le payement de sa dette en donnant au créancier le moyen de se payer par la perception des fruits. Cette question est cependant vivement controversée. Je l'ai discutée dans mes *Principes de droit civil*, auxquels je renvoie. La controverse sur la nature du droit influe naturellement sur la nature du statut qui le régit. L'antichrèse, comme le dit le texte que je viens de transcrire, n'a d'autre effet que de donner au créancier le droit de jouir de la chose, en imputant les fruits sur les intérêts et sur le capital. Or, le payement se fait entre créancier et débiteur, les tiers n'y interviennent pas et n'y ont aucun intérêt. Voilà pourquoi la loi ne prescrit aucune mesure dans l'intérêt des tiers, comme elle le fait pour le gage : ni acte, ni enregistrement, ni déclarations ayant pour objet d'empêcher la fraude. Au point de vue du droit international privé, cela est décisif; puisque la loi ne s'occupe pas des tiers, il en faut conclure que l'intérêt général n'est pas engagé dans ce contrat, donc il ne dépend pas du statut réel. Il est vrai que le créancier est mis en possession d'un immeuble, mais c'est uniquement pour en percevoir les fruits; son droit a donc pour objet des choses mobilières; l'immeuble n'en est pas

(1) Voyez le t. XXVIII de mes *Principes de droit civil*, p. 546, § II.

affecté. Tout étant personnel et d'intérêt privé dans le contrat d'antichrèse, la conséquence est qu'il est soumis au statut qui régit les obligations conventionnelles.

407. Le droit de rétention donne encore lieu à de plus grandes controverses (1). D'abord on demande s'il y a un droit de rétention considéré comme droit général, et quels sont les effets que la loi y attache. Cette première question, qui est capitale, est décidée négativement par le silence du code Napoléon; il ne dit pas un mot de ce prétendu droit; on y trouve quelques dispositions qui accordent le droit de rétention à un créancier : tel est l'article 2082 qui permet au créancier gagiste de retenir la chose engagée jusqu'à ce que le débiteur ait payé entièrement la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné; l'article 2087 accorde le même droit au créancier antichrésiste, mais les deux dispositions ne prononcent pas le mot de rétention, et aucun article du code n'en détermine les effets. Cela suffit, me semble-t-il, pour que l'on doive rejeter le droit de rétention, dont on a voulu faire un droit général. J'en dis autant des effets de ce prétendu droit. Comment déterminer les effets d'un droit dont la loi ne parle pas? Les auteurs ont imaginé toute une doctrine sur la matière; s'ils s'entendaient entre eux, on pourrait discuter, mais chacun a son système. Je m'en tiens, comme je le dois, au texte, et le texte ignorant le droit de rétention, je l'écarte, et je ne l'admets que dans les cas où le législateur a trouvé bon de le consacrer. Je n'ai rien à dire non plus sur la nature du statut; il n'y a pas de caractère général qui distingue les droits particuliers que le code prévoit; donc il est impossible de décider quelle est la nature du statut qui les régit. Ici c'est le cas d'appliquer la règle dont j'ai si souvent fait l'application : pas de principe absolu. La question doit être décidée dans chaque cas particulier en tenant compte des diverses matières et des principes qui les régissent.

On prétend que le droit de rétention est opposable aux tiers et qu'il en résulte une préférence pour le créancier qui

(1) Voyez le t. XXIX de mes *Principes de droit civil*, p. 320, n° 3.

en jouit, donc un droit réel, ce qui rendrait le statut réel. C'est une théorie en l'air qui ne repose sur rien. Le vendeur est tenu de délivrer la chose et l'acheteur en doit payer le prix; si l'acheteur ne paye pas, le vendeur peut refuser de faire la délivrance (art. 1612). Voilà un droit de rétention, quoique le code ne lui donne pas même ce nom. Le droit du vendeur est-il réel? Il n'y a pas même de droit, strictement parlant, car l'acheteur est propriétaire, et il peut revendiquer sa chose contre le vendeur, comme contre tous ceux qui la détiennent. Si l'acheteur revend la chose, l'acquéreur la revendiquera contre le vendeur : celui-ci pourra-t-il lui opposer son droit de rétention? Non, certes, car il n'y a aucun lien de droit entre le second acheteur et le vendeur primitif. En définitive, le droit de rétention est un effet que l'équité attache à la vente, il ne regarde pas les tiers, donc le droit n'est pas réel : il dépend, comme les conventions en général, de la volonté des parties. Le texte même du code le prouve. En effet, le vendeur ne peut pas retenir la chose quand même l'acheteur ne payerait pas, s'il lui a accordé un délai pour le payement; donc le droit de rétention se fonde sur la volonté tacite des contractants, il suffit qu'ils veuillent le contraire pour que le vendeur n'ait plus le droit de rétention.

Il ne faut pas conclure de là que le droit de rétention ne dépend jamais du statut réel. Les diverses matières sont régies par des principes divers. Aux termes de l'article 867, « le cohéritier qui fait le rapport en nature d'un immeuble peut en *retenir la possession* jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses et améliorations ». Ce droit est-il une garantie *réelle?* La question n'a point de sens; le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier (art. 857), tout se passe entre eux, l'un rapporte l'immeuble, les autres l'indemnisent, il n'est pas question de tiers. Est-ce un droit de préférence? L'héritier, créancier de l'indemnité, n'est en confiit avec personne, donc il ne saurait être question d'une préférence quelconque. Ainsi, ni droit réel, ni préférence. Néanmoins il faut décider, d'après le droit français, que le statut est

réel. En effet, il s'agit du droit héréditaire, or, les successions sont régies, en tant qu'il s'agit d'immeubles, par la loi de leur situation; donc le rapport des immeubles se fait d'après la loi française, quand même les héritiers seraient étrangers; il s'ensuit que l'héritier, créancier de l'indemnité, jouirait du droit de rétention quoique sa loi personnelle ne le lui donne pas.

408. Il y a trois créanciers privilégiés qui, outre leur privilége, ont une action en résolution : le vendeur, le donateur et l'échangiste. Quand l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur a deux droits : il peut réclamer le prix avec privilége, et il peut demander la résolution de la vente. L'échangiste et le donateur ont des droits analogues. Quel est le rapport entre le privilége et l'action résolutoire? En théorie, ils sont indépendants l'un de l'autre et ils sont régis par des principes différents. Ainsi, en ce qui concerne la nature du statut qui les régit, le *privilége* dépend du *statut territorial*, comme tout le régime hypothécaire; tandis que la *résolution* du contrat, en vertu de la condition résolutoire, dépend de l'*autonomie* des parties, donc de leur *statut personnel*. Le code Napoléon consacre le principe de l'indépendance du privilége et de l'action résolutoire. Il en résulte des conséquences funestes pour les tiers; ceux-ci, acquéreurs et créanciers hypothécaires, voient sans cesse leurs droits menacés, par l'action en résolution d'un vendeur non payé, sans qu'ils aient aucun moyen de connaître l'existence de l'action résolutoire, ni de s'en affranchir; la transmission des propriétés est clandestine; le vendeur peut inscrire son privilége quand il veut : donc aucune publicité. D'un autre côté, la purge efface les priviléges, mais elle laisse subsister l'action en résolution. De sorte que les tiers sont toujours sous le coup d'une résolution qui anéantit leurs droits.

La loi belge organise la publicité la plus large des actes translatifs de droits réels immobiliers; elle déclare l'action résolutoire dépendante du privilége, et elle donne au tiers acquéreur le moyen d'effacer l'action résolutoire par la purge. Quelle est la conséquence qui en résulte

quant à la nature du statut? Les priviléges immobiliers restent ce qu'ils ont toujours été, un statut territorial. Mais la condition résolutoire change de nature en ce qui concerne les tiers; elle se confond avec le privilége; de personnel qu'il était, le statut devient réel. Rien n'est plus juste. Qu'importe que l'action en résolution dépende de la volonté des parties? Elle ne réagit pas moins contre les tiers; or, dès que l'intérêt des tiers est en cause, la loi est réelle. Un vendeur français ne pourrait pas exercer l'action résolutoire en Belgique s'il n'avait pas rendu cette action publique par la transcription et s'il n'avait conservé son privilége conformément à la loi belge; en perdant son privilége, il serait, par cela même, déchu de son action résolutoire.

§ III. *Le statut des formes.*

N° 1. SOLENNITÉ DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE.

409. J'ai consacré une longue étude aux formes, et notamment à l'adage *Locus regit actum* (t. II, p. 417, § Ier), qui donne lieu à tant de difficultés. Un point surtout est douteux : y a-t-il des contrats solennels, en ce sens que la solennité est requise pour l'existence même de ces actes? et quelle est la loi qui régit ces solennités? J'ai enseigné qu'en droit français il y a des contrats et des actes solennels; la loi hypothécaire belge ne laisse aucun doute sur ce point, en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle; et il n'est pas douteux non plus que le statut des formes est celui de la situation des biens, combiné avec l'adage *Locus regit actum*. Il importe de donner à cette opinion le caractère de la certitude qu'elle puise dans le texte et dans l'esprit de la loi.

« L'hypothèque conventionnelle est celle qui *dépend* des *conventions* et de la *forme extérieure* des *actes* et des contrats. » (C. Nap., 2117; loi belge, 44.) Cette disposition suffit pour décider les questions sur lesquelles il règne tant d'incertitude. Elle dit que l'hypothèque conventionnelle *dépend* des *conventions*; c'est dire qu'il faut une convention pour que l'hypothèque conventionnelle existe,

chose tellement évidente que le terme seul d'hypothèque *conventionnelle* implique la décision. La définition ajoute que l'hypothèque conventionnelle *dépend* encore de la *forme extérieure* des *actes* et des *contrats*. Le mot *dépend* a certes la même signification dans les deux parties de la définition : si l'hypothèque conventionnelle *n'existe pas* sans *convention*, elle n'existe pas non plus sans l'observation des *formes* que la loi prescrit en cette matière; donc les formes sont de la substance de l'hypothèque, partant, l'hypothèque conventionnelle est un contrat solennel. La loi dit ensuite quelles sont ces formes (art. 76) : « L'hypothèque conventionnelle *ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique* devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins (C. Nap., 2127). » Les termes sont restrictifs et excluent toute autre forme que la forme authentique; de plus, ils nous disent le motif pour lequel l'authenticité est requise pour l'existence de l'hypothèque : le *consentement* doit se manifester dans la forme *authentique*, sinon les parties sont censées n'avoir pas consenti et, sans consentement, il ne saurait y avoir de contrat. Or, c'est précisément là la théorie des actes *solennels*, c'est que la volonté, pour exister aux yeux de la loi, doit se manifester dans certaines formes. Si l'hypothèque a été constituée par acte sous seing privé, ou par un acte authentique nul en la forme, il n'y a pas d'hypothèque, parce que le consentement n'ayant pas été exprimé dans la forme authentique, les parties sont censées n'avoir pas consenti.

J'ajoute que telle est la tradition française et surtout la tradition belge. Dans l'ancien droit français, l'hypothèque se constituait dans les formes judiciaires, par les œuvres de loi, qui se passaient en justice. Les œuvres de loi se maintinrent dans les coutumes de nantissement. Dans cet ordre d'idées, il est évident que les formes étaient substantielles; il ne pouvait pas y avoir d'hypothèque en dehors des formes judiciaires. Les œuvres de loi tombèrent en désuétude dans la plus grande partie de la France; elles furent remplacées par l'intervention des notaires, mais l'esprit de la législation resta le même: les notaires étant

considérés comme des officiers de justice, leurs actes tenaient lieu des œuvres de loi qui se passaient devant le juge. De là la conséquence que l'acte authentique était de la substance de l'acte (1). Le code Napoléon a consacré la doctrine traditionnelle; l'article 2115, reproduit par la loi belge (art. 42), porte : « L'hypothèque *n'a lieu que* dans les cas et suivant les *formes* autorisées par la loi. » Ainsi il n'y a pas d'hypothèque conventionnelle sans les solennités prescrites par la loi. Il en faut dire autant de l'hypothèque testamentaire, puisque le testament est un acte solennel. Quant à l'hypothèque légale, elle est établie par l'acte le plus solennel que nous connaissions, la loi, c'est-à-dire la déclaration solennelle de la volonté nationale.

410. La loi belge (art. 76) ajoute une disposition qui vient à l'appui de ce que dit la loi française. Sous l'empire du code civil, on demandait si la procuration donnée pour constituer hypothèque devait être reçue dans la forme authentique. Comme la loi ne l'exigeait pas formellement, il y avait doute et controverse. A mon avis, le doute n'avait aucun fondement. Le code Napoléon veut que l'hypothèque soit *consentie* dans la forme authentique; or, quand le débiteur donne une procuration pour établir une hypothèque, la procuration est un élément du consentement; il ne suffit pas que le mandataire consente par l'acte notarié, il faut qu'il soit aussi authentiquement constaté que le mandant consent. La loi belge a consacré cette doctrine.

411. La loi belge admet qu'une hypothèque peut être constituée en pays étranger sur des biens situés en Belgique. Dans quelle forme peut-elle ou doit-elle être consentie? L'article 77 répond : « A défaut de dispositions contraires dans les traités, les hypothèques consenties en pays étranger n'auront d'*effet*, à l'égard des biens situés en Belgique, que lorsque les actes qui en contiennent la stipulation auront été revêtus du visa du président du tribunal civil de la situation des biens. Ce magistrat est chargé de vérifier si les actes et les procurations qui en sont le complément réunissent toutes les *conditions néces-*

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Hypothèque*, sect. Ire, § V, no II (t. XIII, p. 419, de l'édition de Bruxelles).

saires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus. » Ainsi, l'article 77 maintient, pour les hypothèques consenties à l'étranger, la condition de solennité prescrite par l'article 76 comme condition d'existence de l'hypothèque conventionnelle. L'authenticité étant requise pour l'existence de l'hypothèque, il est logique qu'en pays étranger, aussi bien qu'en Belgique, l'acte soit reçu dans la forme authentique. Sous ce rapport, le statut de la forme est territorial et d'ordre public : il ne peut y avoir en Belgique d'hypothèque non authentique. Autre est la question de savoir quelles formes doivent être observées à l'étranger pour que l'acte soit authentique. Ici reparaît l'adage *Locus regit actum ;* dès que l'on remplit à l'étranger les conditions prescrites par la loi locale pour l'authenticité, le but est atteint: l'acte d'hypothèque sera authentique, donc solennel. Si des Belges ou des Italiens constituent en Italie une hypothèque sur des biens situés en Belgique, ils devront passer un acte authentique dans les formes requises par loi italienne pour l'authenticité, quoique le code d'Italie permette de constituer l'hypothèque par acte sous seing privé. Si l'acte était sous seing privé, il n'aurait aucun effet en Belgique. Comment constatera-t-on que l'acte a été reçu, en pays étranger, dans la forme authentique? La loi charge le président du tribunal de la situation des biens de vérifier si les actes sont authentiques et d'y mettre ensuite son visa; il refusera le visa si les conditions prescrites pour l'authenticité par la loi étrangère n'ont pas été observées. Tant que l'acte n'est pas visé, l'hypothèque n'aura pas d'*effet* en Belgique, c'est-à-dire qu'elle n'y existera point, elle ne pourra pas être inscrite, et, sans inscription, elle est inefficace.

Voilà la confirmation de la doctrine des actes solennels. Il y a deux éléments dans la solennité de l'hypothèque. D'abord le principe que l'hypothèque n'existe que si elle est consentie par acte authentique : c'est le statut territorial, d'ordre public, qui le veut ainsi, pour l'hypothèque des biens situés en Belgique ou en France. Ensuite vient l'élément des formes extérieures qui constituent l'authenticité; ces formes dépendent, non de la situation

des biens, mais de la loi du lieu où l'acte est reçu.

412. Il ne suffit point que l'hypothèque soit reçue par acte authentique pour être valable; il faut encore qu'elle soit spéciale. Dans l'esprit de notre loi, la spécialité est de l'essence de l'hypothèque; c'est un des éléments de la solennité; si elle fait défaut, il n'y a point d'hypothèque. Cela est d'évidence pour l'hypothèque légale des incapables; elle doit être spécialisée pour qu'elle puisse être inscrite; si elle n'est pas spécialisée, elle ne peut être inscrite, et tous les effets de l'hypothèque sont subordonnés à l'inscription; l'hypothèque non spécialisée existe à la vérité, mais elle est inefficace. Il en doit être de même de l'hypothèque conventionnelle, puisque le principe de la spécialité est identique. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. Seulement l'hypothèque conventionnelle n'existant qu'en vertu de la convention, et la convention n'étant valable que lorsqu'elle spécialise l'hypothèque, il faut dire que la spécialité est une condition d'existence de l'hypothèque conventionnelle.

Les tiers ont intérêt à connaître les biens qui sont grevés d'hypothèques et le montant de la créance à l'acquittement de laquelle ils sont affectés. Quant au créancier, il n'est pas nécessaire que l'hypothèque soit générale pour qu'elle lui donne une sûreté complète; il suffit que les biens hypothéqués aient une valeur plus grande que la créance. Enfin, le débiteur est intéressé à ce que l'hypothèque ne grève que les biens qui sont nécessaires à la garantie du créancier; si l'inscription ne porte que sur des biens déterminés, il conserve un crédit proportionné à la valeur des biens qui restent libres. Or, le crédit des propriétaires est la base de la richesse publique. La spécialité est donc d'intérêt général, et elle est de l'essence de notre régime hypothécaire.

Le code civil (art. 2129) et la loi belge (art. 78) disent qu'*il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable* que celle qui déclare *spécialement* les biens sur lesquels elle est constituée. La doctrine est en ce sens; Grenier dit qu'une hypothèque générale ne produirait *aucun effet*. Ce sont les termes de l'article 1131; ils impliquent que l'hypo-

thèque non spécialisée n'a pas d'existence légale. C'est ce que dit aussi Martou das son excellent commentaire sur la loi hypothécaire belge (1).

Le code civil admettait une exception à la spécialité; dans le cas où les biens présents étaient insuffisants pour la sûreté de la créance, il permettait d'hypothéquer les biens à venir (art. 2130). C'était une inconséquence : on altère la spécialité en admettant des hypothèques non spéciales. Le législateur belge a rejeté cette dérogation à un principe qui forme une des bases de notre système hypothécaire.

L'hypothèque doit encore être spéciale sous un autre rapport : « elle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est déterminée dans l'acte » (C. Nap., art. 2132; loi belge, art. 80). Les tiers ne seraient qu'à moitié éclairés sur la situation hypothécaire de leur débiteur, s'ils ne savaient au juste la somme pour laquelle ses biens sont grevés, et le débiteur n'aurait pas le crédit dont il peut encore jouir, malgré les hypothèques qui grèvent ses biens, s'il ne pouvait établir, par l'acte même d'hypothèque, que ses biens ont une valeur plus grande que le montant de ses dettes. La spécialité quant au chiffre de la dette étant identique avec la spécialité quant aux biens, il faut dire de ce second élément ce que j'ai dit du premier : il est de l'essence de l'hypothèque.

413. Il résulte de là une conséquence évidente en ce qui concerne la nature du statut qui régit la spécialité de l'hypothèque; il est d'ordre public aussi bien que la forme, et, partant, le statut est réel. Si un Français stipulait une hypothèque en pays étranger, non spéciale, elle n'aurait aucun effet en France, quoiqu'elle fût valable d'après la loi du pays où l'hypothèque a été constituée. Un Français consent en France une hypothèque sur un immeuble belge, et vu l'insuffisance de cet immeuble, il hypothèque ses biens à venir, conformément à l'article 2130 du code civil. Le créancier pourra-t-il prendre inscription en vertu de cet acte sur les biens que son débiteur acquerra

(1) Grenier, *Des Hypothèques*, t. Ier, n° 65; Martou, t. III, n° 999.

en Belgique? Non, car l'hypothèque des biens à venir n'a pas d'existence légale en Belgique; et partant, pas d'effet. C'est un de ces statuts territoriaux qui l'emportent sur toute loi contraire, parce qu'ils sont d'ordre public; il ne peut appartenir à une loi étrangère de modifier un régime que le législateur territorial a organisé dans l'intérêt de la société.

N° 2. DE LA PUBLICITÉ.

414. La publicité a pour objet de porter l'hypothèque à la connaissance des tiers intéressés. Faut-il appliquer à la publicité ce que je viens de dire de la spécialité? Il y a une différence, et elle est grande, mais elle n'influe pas sur la nature du statut. La spécialité est une condition d'existence de l'hypothèque. Une hypothèque non spécialisée n'existe point; si les parties intéressées veulent lui donner l'existence légale qui lui manque, elles doivent faire une nouvelle convention; le débiteur ne pourrait pas se contenter de corriger l'acte en le spécialisant; ce serait là une espèce de confirmation, et on ne confirme pas un acte non existant. Il n'en est pas de même de la publicité; elle n'est pas requise pour l'existence de l'hypothèque; l'hypothèque existe avant toute publicité, seulement elle ne produit aucun effet à l'égard des tiers; mais elle peut toujours être rendue publique, et alors elle aura, à l'égard des tiers, tous les effets qui sont attachés à l'hypothèque, le droit de préférence et le droit de suite.

Faut-il conclure de là que le statut de la publicité est différent du statut de la spécialité? Non, l'un et l'autre sont réels, et dépendent de la situation des biens, parce que la publicité aussi bien que la spécialité sont établies dans l'intérêt des tiers, acquéreurs et créanciers, qui traitent avec le propriétaire d'immeubles; les formes locales, territoriales doivent les prévenir quels sont les immeubles grevés d'hypothèque et quels sont les immeubles libres de toute charge.

De là suit que les hypothèques occultes consenties dans un pays de droit écrit n'auraient aucun effet en Belgique, à l'égard des tiers, sans être inscrites. Vainement le

créancier se prévaudrait-il de la loi du lieu où le contrat a été passé; il est vrai que la loi du lieu gouverne les formes, *Locus regit actum*. Mais les formes de publicité n'ont rien de commun avec cet adage; elles sont prescrites dans l'intérêt des tiers; or les tiers se trouvent là où l'immeuble est situé, partant c'est la loi de ce lieu qui doit être observée en tout ce qu'elle prescrit dans leur intérêt.

Sur ce point, il n'y a aucun doute. Le code civil (art. 2146) et la loi belge (art. 82) ne se contentent pas d'une publicité quelconque; elles veulent que l'inscription se fasse au bureau de conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les immeubles sont situés. La publicité est spéciale et elle est territoriale; toute autre publicité serait inopérante. La loi veut même que l'inscription se fasse par les conservateurs de la situation des biens : l'inscription faite par tout autre conservateur serait inefficace, parce qu'elle ne donnerait pas aux tiers le moyen facile que la loi a voulu leur procurer, de connaître les charges hypothécaires qui grèvent les immeubles (1). Toute loi contraire devrait céder devant la loi territoriale, parce que celle-ci est d'ordre public.

N° 3 DES HYPOTHÈQUES LÉGALES.

415. Le code Napoléon établit le principe de la spécialité et de la publicité, comme base du système hypothécaire, mais il y apporte une exception pour les hypothèques légales des incapables; celles-ci sont générales, et elles sont efficaces, sans avoir été rendues publiques. Ce système, vivement défendu au conseil d'Etat par le premier consul, assurait pleinement les intérêts des incapables, mais il leur sacrifiait les intérêts des tiers et par conséquent l'intérêt général. Que devenaient la spécialité et la publicité, bases du régime hypothécaire, alors que le plus grand nombre des hypothèques étaient générales et occultes? La publicité doit être complète, ou elle manque son but.

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XXXI, nos 1 et 2.

La loi belge soumet les hypothèques légales au droit commun; elle veut que ces hypothèques soient spécialisées et inscrites; si elles ne l'ont pas été, elles restent inefficaces. C'est le conseil de famille qui, avant l'entrée en gestion du tuteur, spécialise l'hypothèque des mineurs et interdits, en fixant la somme pour laquelle inscription sera prise en faveur des incapables, et en déterminant les immeubles sur lesquels l'inscription doit être requise. L'hypothèque légale de la femme est spécialisée, quant aux droits qui naissent des conventions matrimoniales, par le contrat de mariage; et quant aux droits qui naissent pendant le mariage, le président du tribunal spécialise l'hypothèque pour la créance et pour les biens. Après que l'hypothèque est spécialisée, on l'inscrit. Si l'hypothèque n'a pas été spécialisée, ni inscrite, les incapables seront de simples créanciers chirographaires.

416. On pourrait croire que la loi belge a entièrement sacrifié aux tiers les mineurs et les femmes mariées. Il n'est pas vrai de dire, comme on le prétend, que les hypothèques légales des mineurs et des femmes mariées ne seront jamais inscrites et, par conséquent, resteront toujours inefficaces. Le législateur belge a multiplié les mesures nécessaires pour arriver à la spécialisation et à l'inscription. Quant aux femmes mariées, les garanties sont pleinement suffisantes. Il n'est pas nécessaire que déjà avant le mariage inscription soit prise sur les biens du mari. Le plus souvent cela est impossible, parce que le mari n'a pas de biens lors du mariage; et quand il en aurait, on ne peut pas supposer qu'il soit en faillite ou en déconfiture, au moment où il se marie. C'est pendant le mariage que les affaires du mari se dérangent, et que les droits de la femme sont menacés de périr. Elle peut alors sauvegarder ses intérêts en prenant inscription sur les biens de son mari. Si elle ne le fait pas, elle n'a pas le droit de se plaindre que la loi ne la protége pas, puisqu'elle néglige de se protéger elle-même.

Restent les mineurs et les interdits. Ce sont les vrais incapables. Quand auront-ils besoin d'une garantie hypothécaire? Le tuteur ne peut pas aliéner leurs biens immeu-

bles; leurs meubles doivent être vendus et le prix placé. Pour que leurs droits soient lésés, il faut supposer que le tuteur dissipe les deniers pupillaires, c'est-à-dire qu'il est de mauvaise foi. Il faut supposer que le subrogé tuteur soit son complice, car il peut et il doit provoquer la destitution du tuteur infidèle; et il peut demander la convocation du conseil de famille, qui spécialisera l'hypothèque du mineur. Il faut supposer un juge de paix d'une négligence extrême, et oublieux de tous ses devoirs; car c'est lui, l'homme de loi, qui doit veiller à ce que le conseil de famille soit convoqué pour spécialiser l'hypothèque du mineur, et une fois la spécialisation faite, l'inscription se fera régulièrement. Enfin il faut supposer que le greffier de la justice de paix manque à son devoir, et ne remplisse pas les obligations que la loi belge lui impose dans l'intérêt des mineurs, obligations qui ont pour objet d'assurer la spécialisation et l'inscription de l'hypothèque légale. De plus le procureur du roi et le tribunal que la loi charge d'un contrôle, en cette matière, devraient méconnaître leur devoir, pour que l'inscription ne fût pas prise, alors qu'il serait nécessaire de la prendre. Quand même toutes ces suppositions se réaliseraient et que les mineurs fussent en perte, il faudrait dire que telle est la condition générale des particuliers; leurs droits et leurs intérêts sont subordonnés au droit et à l'intérêt de la société.

417. Je ne fais qu'indiquer les traits généraux de la législation belge; il est inutile d'entrer dans les détails, pour apprécier les conséquences de la loi, au point de vue du droit international privé. La spécialité des hypothèques légales et leur publicité, étant d'intérêt général, forment par cela seul un statut réel; la loi belge le dit. Le mineur étranger a une hypothèque légale sur les biens que son tuteur possède en Belgique, *dans le cas et en conformité des dispositions de la loi belge*. Il en est de même de la femme étrangère. J'ai dit dans cette Etude quelle est l'influence du statut personnel et du statut réel, dans cette matière. Les incapables ont droit à l'hypothèque légale en Belgique, en vertu de leur loi personnelle : tels sont les mineurs français et les femmes fran-

çaises (nos 397-399), mais ils sont soumis à la loi belge, pour tout ce qui concerne la spécialité et la publicité. Quant aux mineurs belges, ils ne peuvent avoir d'hypothèque légale en France, puisque cette hypothèque est considérée comme un droit civil, auquel les étrangers ne participent pas; s'ils jouissent des droits civils en France, ils y auront une hypothèque légale, dispensée de la spécialité et de l'inscription, car cette condition des hypothèques légales forme un statut réel; tandis que sur les biens de leur tuteur situés en Belgique, leur hypothèque devra être inscrite, pour être efficace, et par suite, spécialisée préalablement. Voilà un conflit de lois assez étrange : en Belgique, la publicité des hypothèques légales est d'intérêt général et forme, à ce titre, un statut réel; tandis qu'en France, la clandestinité des hypothèques légales est d'ordre public et, partant, de statut réel.

118. Ce que je viens de dire (nos 415 et 416) de l'hypothèque légale des incapables ne s'applique pas à l'hypothèque légale de l'Etat, des provinces, communes et établissements publics. La loi n'exige pas qu'elle soit spécialisée par un acte qui précède l'inscription; c'est l'inscription qui la spécialise. Mais l'inscription, quoique spéciale, peut être prise sur tous les immeubles du débiteur quand même la valeur des biens dépasserait le montant de la créance, telle qu'elle est spécialisée dans l'inscription. Pourquoi la loi n'a-t-elle pas mis l'inscription en rapport avec la garantie dont les personnes dites civiles ont besoin? C'est que les deniers pour sûreté desquels la loi donne une hypothèque à l'Etat, et autres personnes civiles, sont des deniers publics, et, par conséquent, la garantie est d'intérêt général; mieux vaut une hypothèque excessive qu'une hypothèque insuffisante, et l'hypothèque, quoiqu'elle dépasse de beaucoup le montant de la créance, peut devenir insuffisante dans des temps de crise où la valeur des immeubles baisse considérablement.

Il est inutile d'ajouter que cette loi forme un statut réel : tout y est d'intérêt social, la créance qui consiste en deniers publics, le débiteur qui est un officier public, la

garantie hypothécaire qui est générale, parce qu'il s'agit d'un intérêt public. A tous égards donc le statut est réel. N'est-ce pas exagérer l'intérêt de la société? Ce que le code français et la loi belge considèrent comme un intérêt si grand, qu'il a engagé le législateur à déroger à un principe fondamental du régime hypothécaire, n'a pas paru une considération suffisante au législateur italien pour maintenir l'hypothèque légale de l'Etat et des autres personnes civiles. Le véritable intérêt général consiste à maintenir intactes les bases du régime hypothécaire.

N° 4. DES PRIVILÉGES.

419. Dans le système du code civil, les priviléges immobiliers priment les hypothèques, même celles qui sont inscrites avant la créance privilégiée. Tel est notamment le privilége du vendeur, le plus usuel des priviléges. Comme la loi ne prescrit pas de délai dans lequel l'inscription doit se faire, on en conclut que le privilége peut toujours être inscrit, et dès qu'il l'est, il prime tous les créanciers. Le législateur belge a rejeté la rétroactivité; c'est dire qu'il a transformé les priviléges; le privilége, de même que l'hypothèque, ne prime plus que les créanciers chirographaires. Il n'y a qu'un seul privilége qui conserve un effet rétroactif, c'est celui de l'architecte. Encore ne peut-on pas dire qu'il rétroagisse, dans le sens attaché à ce mot. Quand le code civil dit que les lois ne rétroagissent pas, cela signifie que le juge ne peut les appliquer de manière à enlever des droits acquis. Ce n'est pas en ce sens que le privilége de l'architecte rétroagit. Il prime les créanciers inscrits avant les travaux. Il y a ici rétroactivité, mais elle ne lèse pas un droit acquis. En disant que l'hypothèque s'étend aux améliorations, la loi (loi hyp., art. 45, C. Nap., art. 2118) suppose que la plus-value est due aux travaux du propriétaire; s'il construit sur le terrain hypothéqué, l'hypothèque s'étend aux constructions, en vertu du principe de l'accessoire qui suit la nature du principal. Quand les constructions donnent lieu à un privilége, un conflit s'élève entre les créanciers hypothécaires

inscrits sur l'immeuble et l'architecte qui a fait les travaux. Celui-ci prime les créanciers hypothécaires jusqu'à concurrence de la plus-value résultant des constructions (loi belge, art. 27, n° 5). Cette préférence se justifie par la stricte justice. Personne ne peut s'enrichir sans cause au préjudice des tiers; or si les créanciers hypothécaires primaient l'architecte, ils s'enrichiraient du travail de l'architecte, et leur hypothèque ne leur donne pas ce droit.

Le privilége de l'architecte prime encore les créanciers hypothécaires inscrits pendant le cours des travaux, à condition qu'il ait fait inscrire le premier procès-verbal qui doit être dressé régulièrement avant le commencement des travaux, afin de constater l'état et la valeur du fonds sur lequel les travaux vont se faire. Cette préférence ne lèse pas non plus un droit acquis. L'inscription du procès-verbal avertit les tiers qu'ils ne doivent pas compter sur la plus-value qui résultera des travaux. En un certain sens cependant le privilége de l'architecte rétroagit; en effet, au moment où les créanciers hypothécaires prennent inscription sur l'immeuble, l'architecte n'a pas de droit contre le propriétaire, sa créance naît seulement après l'achèvement et la réception des ouvrages; il prime donc les créanciers hypothécaires en vertu d'une créance qui n'existe pas encore. Malgré cela, il n'y a point de rétroactivité proprement dite, parce qu'il n'y a point de droit lésé; les créanciers postérieurs n'ont pas plus que les créanciers antérieurs le droit de s'enrichir aux dépens de l'architecte.

Les autres créanciers privilégiés conservent leur privilége par l'inscription ou la transcription. Tel est le vendeur; la loi ne prescrit pas de délai dans lequel il soit tenu de prendre inscription; quant à la transcription, elle se fait par l'acquéreur, lequel est libre de transcrire ou de ne pas transcrire. Dans le système de la loi belge, le privilége du vendeur ne rétroagit plus. S'il y a des hypothèques inscrites sur l'immeuble, lors de la vente, ces hypothèques primeront le privilége, par la raison que le privilége porte sur un immeuble déjà démembré par les

hypothèques dont il est grevé. Quant aux hypothèques consenties par l'acquéreur après l'aliénation, elles ne peuvent nuire au vendeur; si l'acheteur a transcrit avant d'avoir consenti l'hypothèque, le privilége du vendeur est conservé, et prime, par conséquent, les hypothèques postérieures, non par sa qualité de privilége, mais par la date de l'inscription. Si l'acheteur ne transcrit pas, les hypothèques qu'il consent ne peuvent être opposées au vendeur, parce que celui-ci reste propriétaire de l'immeuble, tant que la transcription n'a pas été faite, et on ne peut pas opposer au propriétaire des hypothèques consenties par l'acheteur à un moment où celui-ci n'était pas propriétaire à l'égard des tiers. Ce que je dis du vendeur s'applique aux autres priviléges qui naissent d'un acte translatif ou déclaratif de propriété.

420. La loi belge qui régit la conservation des priviléges immobiliers forme un statut réel. Je l'ai déjà dit (n° 414), et la chose est évidente, après l'explication que je viens de donner du système de notre loi hypothécaire. La rétroactivité des priviléges était désastreuse pour les tiers créanciers hypothécaires (n° 419). Le nouveau système garantit tout ensemble les intérêts du créancier privilégié et ceux des tiers créanciers hypothécaires. Quant au vendeur, je viens de le prouver. On pourrait croire que par cela seul que les hypothèques consenties par l'acheteur avant la transcription de l'acte de vente ne peuvent pas être opposées au vendeur, les droits des créanciers hypothécaires sont sacrifiés. Cela n'est pas exact. Ceux qui traitent avec l'acheteur doivent s'assurer avant tout s'il a transcrit, puisque, avant la transcription, le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers; si l'acquéreur n'a pas transcrit, les tiers devront exiger qu'il le fasse; s'ils stipulent des hypothèques, sans qu'il y ait transcription, ils doivent subir les conséquences de leur imprudence : *jura vigilantibus scripta.*

Les conséquences résultant de la réalité du statut qui régit la conservation des priviléges sont si évidentes qu'il est inutile d'y insister. Si des étrangers traitent avec un Belge, leurs droits, soit priviléges, soit hypothèques, sont

régis par la loi belge; quand même la convention serait intervenue en pays étranger, ils ne pourraient pas se prévaloir de leur loi nationale, car les priviléges ne dépendent pas du statut personnel, quoiqu'ils découlent de conventions; le statut personnel décide si la convention est valable, et quels sont les droits et obligations qui en résultent; c'est le statut de la situation des biens qui règle les priviléges et les hypothèques. L'autonomie est absolument étrangère à la matière des priviléges, plus encore qu'à celle des hypothèques : l'hypothèque conventionnelle dépend des conventions, sauf au créancier à se conformer à la loi territoriale dans tout ce qui concerne l'intérêt des tiers : tandis que les priviléges existent indépendamment de la volonté des parties, elles ne peuvent pas les créer.

Toutefois il n'y a jamais rien d'absolu dans la matière des statuts. La loi ne permet pas aux parties intéressées de créer des priviléges; mais, une fois que le privilége existe, les parties peuvent soit y renoncer, soit le modifier. Il ne s'agit plus que d'un intérêt privé, lequel dépend de l'autonomie. La loi hypothécaire belge applique ce principe à la conservation des priviléges. Les parties peuvent, par le contrat qui donne naissance au privilége, dispenser le conservateur des hypothèques de prendre l'inscription d'office que la loi prescrit dans l'intérêt des tiers; dans ce cas, les créanciers seront déchus du privilége, c'est-à-dire qu'ils y renoncent; ils conservent une hypothèque qui n'aura rang qu'à la date de l'inscription que le créancier prendra (art. 36). On voit que la renonciation ne porte aucune atteinte à l'intérêt des tiers, ni par conséquent à l'intérêt général. Dès lors le statut réel est hors de cause.

Les copartageants ont un privilége pour le payement des soultes sur tous les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte; mais la loi leur permet de restreindre, par l'acte de partage, le privilége à un ou plusieurs de ces immeubles (art. 27, n° 4, de la loi belge). Si la soulte est de dix mille francs et si les biens compris dans le lot valent cinquante mille francs, il est inutile de

prendre une inscription sur tous les biens; ce serait diminuer le crédit du propriétaire sans avantage aucun pour le créancier de la soulte; la loi concilie tous les intérêts en permettant au créancier privilégié de restreindre sa garantie hypothécaire aux biens nécessaires. Il y a là une nouvelle ouverture pour l'autonomie des parties intéressées, et partant, pour le statut personnel, s'il y a lieu; car tout ce qui dépend de l'autonomie dépend indirectement du statut que les parties veulent ou sont censées adopter. Il en est de même du privilége qui appartient aux copartageants, en cas d'éviction, sur tous les immeubles compris dans le lot des garants; mais ils peuvent restreindre le privilége à une partie de ces immeubles.

On voit combien il est vrai de dire qu'en matière de statuts, il faut se garder de poser des règles absolues. Les faits juridiques ont une variété infinie. De là les nombreuses distinctions dont on use en droit; ce n'est pas subtilité, c'est nécessité; si l'on ne tenait pas compte de ces nuances infinies, on confondrait dans la règle des cas qui n'y rentrent pas, et par suite on aboutirait à des décisions absolument contraires aux principes et à la raison.

§ IV. — *La loi hypothécaire belge et le code Napoléon.*

421. Le titre des Hypothèques du code Napoléon a été remplacé, en Belgique, par la loi du 16 décembre 1851. J'ai signalé, dans le cours de cette Etude, les différences principales qui existent entre le régime français et le régime belge, ainsi que les conflits qui en résultent. Pour compléter ce travail de législation comparée, il me reste à exposer quelques détails qui ne sont pas sans importance; ils tiennent tous à l'intérêt des tiers, que le code français ne garantit pas suffisamment. L'étude des législations comparées est un des éléments de notre science; elle devient tous les jours plus nécessaire à mesure que les relations entre les peuples se multiplient, et elle donnera aussi au droit international privé une base plus positive, et un intérêt plus grand.

422. La section Ire du chapitre des Priviléges est inti-

tulée : « *Des Priviléges* qui s'étendent sur *les meubles et les immeubles.* » Cela suppose qu'il y en a plusieurs. Il en était ainsi sous l'empire du code civil. Tous les priviléges généraux sur les meubles s'étendaient sur les immeubles, en cas d'insuffisance du mobilier (art. 2104 et 2105). La loi belge n'a maintenu ce principe que pour les frais de justice. Le droit de préférence que le code français accorde aux priviléges généraux sur les créanciers hypothécaires compromet les droits des tiers qui contractent sur la foi d'une garantie réelle; ils sont primés par un grand nombre de créances privilégiées qui absorbent une partie du prix provenant de la vente des immeubles. On dit que la plupart de ces priviléges sont peu considérables; cela est vrai, mais, par leur nombre, ils peuvent atteindre un chiffre qui ruine les créanciers hypothécaires. Or, dès que les créanciers ne peuvent pas compter sur la valeur intégrale des immeubles affectés à leur garantie, le but du régime hypothécaire est manqué. Le législateur belge a porté remède au mal en supprimant la préférence sur le prix des immeubles, dont les créanciers privilégiés jouissaient à l'égard des créanciers hypothécaires : mieux vaut assurer une garantie complète aux créanciers hypothécaires, dont l'intérêt se confond avec l'intérêt général que de prodiguer les faveurs à quelques créanciers privilégiés.

Les motifs sur lesquels est fondée cette innovation en détermine le caractère, ainsi que la nature du statut. C'est l'intérêt du crédit des particuliers et, par conséquent, de la richesse générale qui l'a dictée, donc le statut est réel, comme toutes les dispositions dont l'objet est de raffermir le crédit en donnant une pleine sécurité aux créanciers qui traitent sur la foi d'une garantie réelle. De là suit que dans le concours de créanciers sur des immeubles belges, les créanciers français ne pourraient pas invoquer leur loi personnelle, quand même la dette aurait été contractée en France; la loi territoriale, étant d'intérêt public, domine toute autre loi.

Toutefois la loi belge réserve aux créanciers qui ont un privilége général sur les meubles un droit de préférence

sur les deniers provenant de la vente des immeubles, après que les créanciers hypothécaires sont désintéressés; dans ce cas, les priviléges ne sont plus en concours qu'avec les créanciers chirographaires, par suite, l'intérêt général est hors de cause; il ne s'agit que de régler les droits des divers créanciers mobiliers, et dans ce conflit, les priviléges doivent l'emporter, à raison de leur qualité, sur les créances chirographaires (art. 19). Cette préférence est accordée à tous les créanciers, étrangers ou belges, quand même ils ne l'auraient pas en vertu de leur loi nationale; celle-ci n'est pas prise en considération quand il s'agit de déterminer la préférence entre créanciers, sur des biens situés en Belgique; c'est la loi territoriale qui seule décide.

423. Le code Napoléon et, à sa suite, la loi belge accordent un privilége aux frais faits pour la conservation de la chose. Que devient ce privilége quand le meuble qui en est grevé est immobilisé par destination ou par incorporation? La même question se présente pour le privilége du vendeur non payé. Sous l'empire du code civil, il y avait controverse; elle a été tranchée par la loi belge. Le privilége des frais de conservation et celui du vendeur cessent d'avoir effet quand les objets mobiliers ont été immobilisés. Il y a de cela un motif de droit qui est péremptoire : il ne peut y avoir de privilége mobilier sur un immeuble. Le droit est d'accord avec l'intérêt des tiers créanciers hypothécaires; ceux-ci comptent sur la valeur intégrale de l'immeuble affecté à leur créance; ils seraient trompés si des créanciers privilégiés venaient leur enlever une partie du gage spécial sur la foi duquel ils ont traité avec le propriétaire. Il suit de là que le statut est réel, comme toutes les dispositions qui règlent les droits de préférence entre créanciers.

La loi belge admet une exception au principe qu'elle établit, pour les machines et appareils employés dans les établissements industriels; les priviléges du vendeur et de l'ouvrier ne sont pas éteints par l'immobilisation des objets qui en sont grevés. Cette exception a été admise dans l'intérêt de l'industrie. La prospérité d'un établisse-

ment industriel dépend de la perfection de ses machines; il fallait donc faciliter aux fabricants les moyens de se procurer les meilleures machines et de les conserver; or, le moyen le plus efficace consiste à assurer aux vendeurs et aux ouvriers mécaniciens le payement de leurs créances, en maintenant leur privilége, malgré l'immobilisation.

Toutefois la durée du privilége est limitée à deux ans. La loi déroge au droit commun, en faveur de ceux qui vendent ou conservent des machines, afin d'assurer leur payement; or, le crédit que le vendeur et l'ouvrier mécanicien font au fabricant ne dépasse guère deux ans, dans les usages du commerce. C'est au créancier privilégié de réclamer son payement dans ce délai; il ne faut pas que sa négligence perpétue son privilége au préjudice des créanciers hypothécaires qui seraient trompés s'ils étaient primés par des priviléges contraires au droit commun, auxquels ils ne doivent pas s'attendre.

La loi garantit encore les intérêts des tiers en subordonnant le maintien du privilége à la publicité. En général, les priviléges mobiliers ne sont pas soumis à la publicité, parce que l'inscription des créances munies d'un privilége eût été très difficile à organiser, et aurait entravé les transactions civiles à force de vouloir les garantir. Ces inconvénients n'existent pas pour les machines, et il importe d'avertir les tiers qui traitent avec le propriétaire de l'usine que les machines, qui constituent la partie la plus importante de l'immeuble, sont grevées d'un privilége qui les primera pour le prix des machines et pour les frais de conservation; ces créances sont souvent très considérables, et les tiers ont intérêt à en connaître le montant exact. En conséquence, l'article 20 de la loi belge dispose : « Le privilége n'aura d'effet que pour autant que, dans la quinzaine de la livraison, l'acte constatant la vente sera transcrit dans un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce. » Toutes les dispositions concernant la publicité des priviléges et hypothèques sont d'intérêt général, et forment par conséquent un statut réel. Il suit de là que les vendeurs étrangers sont soumis à la loi belge en ce qui concerne la conservation de leur

privilége; ils ne peuvent alléguer ni lois ni conventions contraires; rien, en cette matière, ne dépend de l'autonomie des contractants; et la loi territoriale, étant d'ordre public, domine toute loi étrangère. Il en résulte que le vendeur belge serait régi, en France, par la loi française, et perdrait par conséquent son privilége par l'immobilisation de la machine, tandis que le vendeur français jouirait de son privilége en Belgique, mais sous la condition de se conformer à la loi belge en ce qui regarde la conservation de ses droits.

Il y a encore une chose à noter, dans l'intérêt des créanciers étrangers, dont la plupart ne connaissent point la loi belge, bien que l'on achète en Belgique beaucoup de machines étrangères et surtout anglaises. Si le débiteur tombe en faillite pendant le délai de deux ans, le privilége du créancier subsiste, et le droit de préférence lui est acquis, puisque la faillite fixe la situation de tous les ayants droit; leurs créances deviennent exigibles, et jouissent de la préférence que loi territoriale leur accorde, quelle que soit la durée de la liquidation.

424. L'article 10 de la loi belge suppose qu'un immeuble, des récoltes ou des effets mobiliers sont grevés d'une hypothèque ou d'un privilége; ces choses viennent à périr par un incendie ou un autre accident, contre les risques duquel elles avaient été assurées. On demande si l'indemnité due à l'assuré sera affectée au payement des créances privilégiées et hypothécaires. Sous l'empire du code Napoléon, on se prononçait généralement contre les créanciers hypothécaires et privilégiés. Ils n'avaient de droit, disait-on, que sur l'immeuble ou la chose mobilière affectée à la garantie de leur créance; la chose venant à périr, leur droit s'éteignait comme tout droit réel, par la perte de la chose dans laquelle il s'exerce. Quant à l'indemnité due par les compagnies d'assurance, c'est une créance de l'assuré, qui fait partie de son patrimoine et qui, par conséquent, devient le gage de ses créanciers. Cette opinion est très contestable en droit et en équité.

Quand une chose déterminée, faisant l'objet d'un contrat, vient à périr, le créancier, devenu propriétaire en

vertu du contrat, a droit à toutes les actions en indemnité qui appartenaient à son auteur, et qui lui sont transmises avec la chose (C. Nap., art. 1303) (1). Or, le créancier hypothécaire est un propriétaire, il a droit à un démembrement de la propriété; si la chose vient à périr, l'indemnité due par l'assureur doit lui appartenir dans la mesure de son droit réel.

Quant à l'équité, tout le monde est d'accord. L'indemnité payée par l'assureur tient lieu de la chose qui a péri; l'équité demande que cette indemnité appartienne aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, plutôt qu'à la masse chirographaire : pourquoi celle-ci profiterait-elle d'un accident qui ne lui enlève aucun droit?

Il n'y a aucun doute quant à la nature du statut qui régit l'indemnité due par l'assureur. La question est de savoir quel est le droit des créanciers privilégiés et hypothécaires sur l'indemnité due à l'assuré : est-ce la masse chirographaire qui en profite, ou appartient-elle aux créanciers qui ont un droit dans la chose? La loi s'est prononcée en faveur des créanciers hypothécaires et privilégiés, or toute loi qui règle le conflit entre les créanciers qui concourent sur les biens de leur débiteur est réelle.

Il y a une autre difficulté. Les parties contractantes pourraient-elles convenir que l'indemnité due par l'assureur appartiendra à la masse chirographaire? Cela pourrait arriver s'il y avait une double assurance, l'une stipulée par le propriétaire à son profit et partant dans l'intérêt de la masse chirographaire, l'autre stipulée par le créancier hypothécaire ou privilégié pour sûreté de son gage. Rien n'empêcherait, dans ce cas, le créancier de renoncer au bénéfice de l'indemnité due au propriétaire : ce sont des règlements d'intérêt privé que la loi abandonne aux parties intéressées. Il y en a des exemples dans la loi belge; je les ai cités ici même. Or, dès que la loi laisse une ouverture à l'autonomie, elle permet par cela même aux intéressés de s'en rapporter à leur statut personnel, s'il

(1) Voy. le t. XVIII de mes *Principes de droit civil*, n° 511.

règle leurs droits d'une manière différente. Mais ces dérogations au statut réel ne sont jamais permises que lorsqu'il s'agit d'intérêts purement privés.

425. La purge permet à l'acquéreur d'effacer les priviléges et hypothèques qui grèvent l'immeuble. Dans le système du code Napoléon, la purge n'enlevait pas le droit de résolution au vendeur, au donateur, au copermutant. C'était un danger pour l'acquéreur, et, par conséquent, une entrave à la purge; et lorsque la purge ne met pas les tiers à l'abri du danger de l'éviction qui les menace, ils n'achètent point; il en résulte que les immeubles grevés de charges hypothécaires au delà de leur valeur sont placés hors du commerce, ce qui est contraire à l'intérêt général. J'ai dit, dans le cours de cette Etude (n° 408), que le législateur belge a modifié le code civil en ce qui concerne la condition résolutoire, en la rendant dépendante de la conservation du privilége. La loi complète le nouveau système en donnant à l'acquéreur le moyen d'éteindre par la purge l'action résolutoire.

La purge est essentiellement d'intérêt général, puisqu'elle a pour objet de faciliter la vente des biens qui sont grevés d'hypothèques au delà de leur valeur. Il suit de là que le statut de la purge est réel. Il en est de même de la disposition nouvelle qui permet d'effacer l'action résolutoire. C'est la loi personnelle qui décide si le créancier a le droit de résolution; le droit romain n'admet pas la condition résolutoire tacite; si donc le créancier appartient à un pays de droit écrit, il n'aura pas le droit de résolution, et partant il ne pourra s'agir de l'effacer. Mais si le créancier privilégié a le droit de résolution, en vertu de la loi de son contrat, il sera soumis à la purge, sans qu'il puisse se prévaloir de son statut personnel, car ce statut cède devant un statut territorial d'ordre public.

426. La loi hypothécaire consacre encore une autre innovation en matière de purge. On demande quand l'acquéreur peut ou doit purger. D'après le code Napoléon, la purge n'est une obligation pour le tiers acquéreur que dans le cas où les créanciers hypothécaires intentent une poursuite contre lui. Si les créanciers n'agissent point,

l'acquéreur peut prendre l'initiative, mais il n'y est pas forcé. Purger est pour lui une faculté, dont il use comme il l'entend et quand il veut. Ce droit absolu a un inconvénient, c'est que l'acquéreur peut choisir, pour offrir son prix aux créanciers hypothécaires, un moment où les biens sont dépréciés, et où, par conséquent, les créanciers hypothécaires ne peuvent requérir la mise aux enchères; or, ce droit est une condition essentielle de la purge, parce qu'il réalise le droit du créancier en lui assurant la véritable valeur des fonds hypothéqués. La loi belge ne permet plus à l'acquéreur de spéculer, au détriment des créanciers; elle veut qu'il purge dans l'année qui suit la transcription de son titre.

Cette disposition a donc pour objet de garantir les droits des créanciers hypothécaires, parmi lesquels sont compris les créanciers privilégiés. Le but de la loi détermine la nature du statut ; il est d'ordre public, donc réel. Si l'acheteur était Français, il ne pourrait pas invoquer le droit que lui donne le code civil de purger quand il veut; le statut personnel est dominé par le statut territorial.

LIVRE V.

Des obligations.

CHAPITRE Ier. — LA LOI DES CONTRATS, DES QUASI-CONTRATS, DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS.

ARTICLE Ier. — LES CONTRATS.

SECTION Ire. — L'autonomie et les statuts.

427. Les principes concernant l'autonomie des parties contractantes, et le rapport qui existe entre l'autonomie et les statuts ont été exposés dans la partie générale de ces Etudes (1). En réalité, la loi qui régit les conventions est étrangère à la théorie des statuts. Ce que l'on appelait jadis statut n'est autre chose que la loi, expression de la volonté générale. Or, les conventions sont des lois d'intérêt privé. Grande est la différence entre ces deux ordres de lois. Les premières seules sont des lois proprement dites; car ce qui caractérise la loi, c'est qu'elle est une déclaration de la puissance souveraine sur un objet d'intérêt commun. C'est là la mission du pouvoir législatif; il ne se préoccupe pas des intérêts purement privés, il les abandonne à la libre activité des individus.

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 378, art. II.

Il arrive cependant à la loi d'établir des règles sur les intérêts particuliers; telles sont les nombreuses dispositions que le code civil contient sur les obligations et sur les contrats d'où elles découlent. Mais ces lois d'intérêt privé n'ont pas le même caractère que les lois générales. De celles-ci le code Napoléon dit qu'il n'est pas permis aux particuliers de déroger par leurs conventions aux lois qui intéressent le public (art. 6) (1). En traitant des obligations conventionnelles, le code dit, au contraire, que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les font (art. 1134), ce qui implique que les contractants sont législateurs, dans le domaine de leurs intérêts. Pourquoi donc le législateur porte-t-il des lois sur les obligations et les contrats? Il prévoit, par la nature des contrats, ce que les parties veulent; il formule ces règles pour faciliter aux particuliers le règlement de leurs droits; ils peuvent s'en rapporter à la loi, et rédiger leurs conventions en quelques lignes, sans avoir besoin de prévoir toutes les difficultés auxquelles elles pourront donner lieu; le législateur a pris ce soin. Les parties sont libres de déroger aux dispositions de la loi, et de les compléter, le législateur ne pouvant pas prévoir les complications infinies des intérêts; après tout, les contractants sont les meilleurs juges de ce qu'il leur convient de faire. C'est ce que dit l'article 1387, au titre du *Contrat de mariage:* « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'*à défaut de conventions spéciales*, que les époux peuvent faire *comme ils le jugent à propos*, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et, en outre, sous les modifications qui suivent. » Ces modifications concernent l'ordre public ou l'intérêt général.

428. C'est ce qu'on appelle l'autonomie des parties contractantes. Quand des Français contractent en France, rien n'est plus simple que l'application du principe que je viens de rappeler (n° 427). Font-ils des conventions, pour régler leurs droits et leurs obligations, ces conventions leur tiennent lieu de loi; n'en font-ils pas, ils s'en rappor-

(1) Voyez, sur le sens de cet article, au point de vue du droit international privé, le t. II de ces Etudes, nos 191-195.

tent tacitement aux dispositions du code civil; le code réglera leurs conventions, non à titre de loi, mais parce que telle est la volonté des contractants. Ce qui est vrai des conventions formées par des Français en France est vrai aussi quand les Français contractent en pays étranger et quand des étrangers contractent en France. L'homme peut contracter partout, c'est là un de ces droits naturels qu'il exerce dans le monde entier, et dont on ne lui refuse l'exercice nulle part. Toutefois les contrats que les Français font en pays étranger soulèvent une question de droit civil international : Pourront-ils déclarer qu'ils entendent être régis par la loi étrangère? Il va sans dire que cette convention serait valable dans le pays où ils traitent. Elle le serait aussi en France. Les Français conservent en pays étranger l'autonomie dont ils jouissent pour le règlement de leurs intérêts privés; ils peuvent donc s'en rapporter à telle loi qu'il leur plaît de choisir; et s'ils usent de ce droit, le juge, quel qu'il soit, devra respecter leurs conventions, car elles font loi pour les tribunaux aussi bien que pour les parties. Quelle que soit la susceptibilité nationale des juges, elle ne peut s'effaroucher de l'application de la loi étrangère, car ce n'est pas la loi qu'ils appliquent, c'est la convention des contractants; la loi étrangère ne vaut pas, dans l'espèce, à titre de déclaration émanée d'une souveraineté étrangère, elle vaut comme convention. Ce qui est vrai des Français en pays étranger l'est aussi des étrangers en France.

429. L'autonomie des parties contractantes a toujours été admise, même par les réalistes. Dans le célèbre débat qui s'éleva entre Dumoulin et d'Argentré, le jurisconsulte breton ne nia pas que les conventions matrimoniales expresses eussent effet partout, quelle que fût la situation des biens; mais quand les époux se mariaient sans contrat, d'Argentré disait qu'ils étaient régis par la communauté coutumière ou légale, c'est-à-dire par la coutume ou la loi; or, toute coutume et toute loi étant réputées réelles, leurs effets étaient par cela même limités au territoire sur lequel elles avaient empire. Dumoulin avait ré-

pondu d'avance que la communauté légale n'était pas un régime imposé par la loi, que c'était une convention consentie tacitement par les époux. Or, c'est une vérité vieille comme le monde que le consentement tacite a la même puissance que le consentement exprès. Ce principe si simple décide tout. Si les Français en pays étranger peuvent transcrire la loi étrangère dans leur contrat, ils peuvent aussi l'adopter tacitement. Il n'y a que la preuve du consentement tacite qui est plus difficile que celle du consentement exprès. Celui qui allègue une convention tacite doit prouver que les parties intéressées ont manifesté leur volonté par des faits qui ne laissent aucun doute sur leur consentement. Dans la matière des statuts, cette preuve est d'une difficulté extrême. Comment prouver que des Anglais contractant en France y ont adopté la loi française comme règle de leurs droits et de leurs obligations, alors que le plus souvent ils ne connaissent pas la loi française? Et alors même qu'ils la connaissent, ils ne pensent pas à adopter une loi étrangère comme règle, par l'excellente raison qu'ils ne songent pas aux difficultés qui peuvent naître du conflit des statuts. Mais quelle que soit la difficulté que présente l'application du principe, le principe n'en est pas moins incontestable. Autonomes quand ils font une convention expresse, les contractants le sont aussi quand ils consentent tacitement.

430. La difficulté augmente quand un Français contracte en pays étranger avec un étranger, quand un étranger traite en France avec un Français, ou que des étrangers appartenant à des nations différentes traitent ensemble n'importe où. Il y a, dans ce cas, conflit de plusieurs lois; les parties ont-elles entendu suivre la loi nationale de l'une d'elles? ou la loi du lieu où la convention s'est faite? ou la loi du lieu où se trouvent les choses qui font l'objet de la convention? Que les parties aient le droit de se soumettre à l'une de ces lois, à leur choix, cela ne saurait être contesté. On peut donc soutenir qu'elles s'en sont rapportées tacitement à l'une des lois que je viens de citer, sauf la difficulté de la preuve. Cette difficulté est

telle, que la volonté tacite devient à peu près une pure théorie. Si les parties avaient pensé au statut qui régira leurs conventions, en cas de procès, elles auraient prévenu la contestation en déclarant leur volonté; leur silence impliquera d'ordinaire qu'il n'y a point de volonté tacite. Que fera le juge? Il recourra à des présomptions, en se prononçant pour la loi que les parties auraient probablement choisie, si leur attention s'était portée sur la question du statut qui doit régler leurs droits et obligations. Ces probabilités sont tout autre chose que la volonté tacite. Le consentement tacite se manifeste par des faits. Quand le juge recourt à des probabilités, il n'y a pas de faits; le juge n'examine pas ce que les contractants ont voulu, mais ce qu'ils auraient voulu s'ils avaient prévu la difficulté. Le juge a-t-il ce droit? Oui, dans le système du code civil, quand la preuve testimoniale est admissible (art. 1353); non, quand elle ne l'est pas. Dans la pratique, on n'a aucun égard à cette distinction; le juge décide par voie de présomptions quelle loi il faut appliquer.

431. La nécessité a poussé les interprètes à imaginer des présomptions que le législateur aurait dû établir. Il y a lacune dans la loi; le juge doit forcément la combler. On pourrait croire que la lacune n'existe pas; le code civil ne contient qu'un article sur le conflit des statuts; dans le silence de la loi, le juge recourt à la tradition que les auteurs du code ont entendu maintenir. C'est effectivement à cette solution qu'il faudrait s'arrêter, si malheureusement la tradition elle-même n'était incertaine. Chargé par M. le Ministre de la justice de rédiger un avant-projet de révision du code civil, j'ai essayé de formuler quelques présomptions empruntées à la tradition. Je vais les transcrire, avant d'entrer dans le détail des questions controversées; elles serviront de fil conducteur au milieu de ce labyrinthe.

La première règle établie par l'article 14 de l'avant-projet est ainsi conçue : « Les conventions conclues en pays étranger sont régies par la loi à laquelle les parties ont entendu se soumettre. » C'est le principe de l'*auto-*

nomie, lequel, au témoignage de Fœlix (1), est universellement admis. Deux Français contractent en Allemagne; c'est à eux de fixer la loi qui doit régir leurs conventions; ils sont souverains en ce qui concerne le règlement de leurs intérêts privés; leur volonté leur tient lieu de loi.

La solution est la même si un Français traite avec un étranger, ou si deux étrangers appartenant à des nations différentes font un contrat. Dans cette hypothèse, les parties ont le plus grand intérêt à s'entendre sur la loi qui régira leurs conventions, puisque, à défaut d'une déclaration, le juge est obligé de rechercher quelle a été leur volonté tacite, ce qui est toujours très difficile et parfois impossible; alors il ne reste qu'un parti à prendre, c'est d'établir une présomption légale, et cette présomption peut ne pas être conforme à la volonté que les parties auraient exprimée, si leur attention s'était portée sur le conflit auquel donne lieu la diversité des lois. J'ai proposé d'exiger que le notaire fasse connaître aux parties les dispositions du futur code sur les présomptions que le législateur est obligé d'établir; étant prévenues, elles se convaincront facilement que leur intérêt est de déclarer elles-mêmes leur intention. Ce qui sera une règle dans les actes authentiques finira par être adopté dans les actes sous seing privé; et l'intérêt qu'ont toutes les nations à avoir une règle fixe, dans la mer de doutes que l'on appelle le droit international privé, étendra cet usage de manière qu'il deviendra le droit commun des peuples.

L'autonomie que la première règle consacre n'est pas absolue. Elle est limitée par le statut personnel des parties, qu'il ne leur appartient pas de modifier, puisque l'état et la capacité ou l'incapacité qui en résulte est d'ordre public; elle est encore limitée par le statut réel, lequel étant établi dans un intérêt général, domine toute loi et toute convention qui y seraient contraires. C'est ce que j'ai dit et développé dans le cours de ces Etudes.

432. Voici la seconde règle que je propose dans l'article 14 : « A défaut d'une déclaration expresse, le juge

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 229 et 230 de la 4e édition, § 96.

recherchera l'intention des parties dans les faits et circonstances de la cause. » Il n'y a pas encore de présomption légale dans ce cas. La volonté tacite n'est pas une volonté présumée ; elle est certaine, puisque les parties l'ont manifestée par des faits, avec autant de certitude que si elles avaient déclaré leur intention par paroles. Mais cela arrivera rarement. J'ai cité ailleurs le seul arrêt que j'ai trouvé sur cette hypothèse (1); encore est-il douteux que, dans l'espèce, il y ait eu volonté tacite : les juges prennent facilement pour une volonté tacite une intention qui leur paraît probable.

Il y a cependant un cas dans lequel la volonté tacite joue un grand rôle, c'est le régime matrimonial. La raison en est simple. Il faut nécessairement un régime qui règle les droits respectifs des époux quant à leurs biens; s'ils ne font pas de contrat de mariage, ils doivent adopter une loi, à titre de contrat. Cette loi est la communauté légale, quand les futurs époux sont Français ou Belges (C. Nap., art. 1393). Que faut-il décider s'ils sont étrangers, ou si l'un d'eux est étranger? On doit recourir à la volonté tacite des parties. Mais ont-elles toujours une volonté? La loi positive doit prévoir la difficulté et la décider. Je renvoie à ce que j'ai dit des conventions matrimoniales (t. V, nos 198-227).

433. La première présomption est si naturelle que les anciens légistes l'admettaient sans discussion : « En cas de doute sur la volonté des parties, le juge appliquera leur loi personnelle, c'est-à-dire nationale, si elles ont la même nationalité. » Dumoulin dit que l'on doit admettre que les parties ont entendu traiter d'après la loi qu'elles connaissent. Or les Français ou Belges qui se trouvent à l'étranger ignorent généralement la loi étrangère ; il est même rare qu'ils aient une connaissance précise de leur loi nationale ; il n'y a pas de présomption plus mal fondée que celle des jurisconsultes romains : on est censé connaître le droit, et l'on ne sait pas lire ! Toujours est-il qu'il faut présumer que les lois de leur patrie sont plus fami-

(1) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 11 mars 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 1, 99). Voyez le t. II de ces Etudes, p. 387, n° 215.

lières aux parties que les lois du pays où elles résident par hasard. Aussi cette présomption est-elle admise par tous les auteurs modernes, à quelque école qu'ils appartiennent, par Fœlix qui donne tout au statut réel, et par les Italiens qui donnent tout au statut personnel (1).

434. La seconde présomption donne lieu à difficulté; je la formule comme suit : « Si les parties appartiennent à des nations différentes, le juge appliquera la loi du lieu où le contrat se passe. » Le législateur ne peut plus se baser sur la probabilité que les parties connaissent mieux leur loi nationale, puisque chacune a une nationalité distincte; et la loi du contrat doit cependant être une loi unique, car le contrat se forme par un concours de consentement sur un même objet. C'est au moment où les parties consentent, qu'elles doivent s'entendre et être d'accord sur la loi qu'elles veulent suivre : à défaut de volonté, il faut se contenter d'une présomption.

Dans le vieux droit statutaire, on s'attachait à la situation des biens : c'était l'application de la maxime que toute coutume est réelle, mais on l'appliquait à un ordre d'idées auquel elle est étrangère. Quand la coutume ou la loi ordonne ou défend, on conçoit qu'elle régisse exclusivement tous les biens qui se trouvent sur son territoire; mais en matière d'obligations, la souveraineté est hors de cause; il s'agit de déterminer quelle est la volonté probable des parties; et quand la loi de la situation des biens diffère de la loi du lieu où le contrat se fait, quelle est la probabilité? Si les biens sont situés dans un lieu qui n'est la patrie d'aucun des contractants, on ne peut pas présumer qu'ils connaissent une loi qui leur est étrangère. Si les biens se trouvent dans un pays auquel l'une des parties appartient, la loi de la situation se confondra avec sa loi nationale; or, je viens de dire que cette loi doit être écartée quand elle n'est pas commune aux deux parties.

Savigny enseigne que la loi du contrat est celle du lieu

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 242 et 227. Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 157; Fiore. *Diritto internazionale privato*, p. 331.

où il doit recevoir son application. J'ai examiné ce système dans l'Etude où sont exposés les principes généraux de la matière (t. II, n° 225). Il n'a pas trouvé faveur ; on l'admet seulement à titre d'exception : j'y reviendrai. C'est la présomption que je viens de formuler qui est généralement admise ; on lui donne même une trop grande extension, en l'appliquant au cas où les deux parties ont une même nationalité. C'est dépasser, me semble-t-il, la nécessité de la présomption et sa raison d'être. On dit que les parties sont censées connaître les lois du pays où elles contractent. Cette probabilité est très faible, si l'on pense combien la connaissance des lois est chose difficile. Et en supposant que les contractants connaissent ces lois, n'est-il pas naturel de supposer qu'ils suivront de préférence leur loi nationale, expression de leurs sentiments et de leurs idées, tandis que la loi étrangère le plus souvent ne répondra ni aux uns ni aux autres. Toutefois, comme c'est l'opinion la plus répandue dans la doctrine et dans la jurisprudence, je dois l'exposer, en y mêlant mes doutes et en y ajoutant mes réserves.

SECTION II. — La loi du lieu du contrat.

§ Ier. — *Le principe.*

435. On lit dans un arrêt très ancien de la cour de cassation de France : « Le statut du lieu où le contrat a été passé est le seul qui doive être consulté pour le jugement des contestations auxquelles ce contrat donne naissance. Ainsi c'est d'après les lois françaises que doit être apprécié un contrat de société passé en France, quoique ce contrat ait reçu son exécution en pays étranger (en Belgique), et qu'il s'agisse de l'appréciation d'un traité particulier passé à l'étranger, avec un tiers, par l'un des associés. » L'arrêt donne pour tout motif : « Attendu que le contrat de société n'a pas été passé en Belgique (1). » C'est une affirmation, on dirait un axiome ; cela prouve

(1) Rejet, 13 fructidor an IX.

que, dans la pratique, *la loi du lieu du contrat* était universellement reçue; il paraissait inutile de la discuter et de la motiver. Un arrêt rendu soixante ans plus tard, est tout aussi affirmatif : « Les contrats sont régis par *la loi du lieu* où ils sont passés, quant à la *forme*, aux *conditions fondamentales* et au *mode de preuve* (1). »

Il faut se garder de prendre ces affirmations au pied de la lettre, et de croire qu'il y avait unanimité dans la tradition. Une loi romaine décide que chacun est censé avoir contracté là où il s'est obligé de payer. La cour de Bruxelles a invoqué cette loi pour juger qu'un contrat fait en Angleterre devait être interprété d'après les lois belges, parce qu'il devait être exécuté en Belgique. On lit dans les motifs de l'arrêt que le principe romain a toujours été suivi en Belgique, et qu'il est d'ailleurs conforme à la raison et à l'équité (2). Cette opinion a été adoptée par Fœlix, mais seulement comme exception à la règle générale, dans le cas où le contrat doit être exécuté dans un lieu autre que celui où il a été passé. Fœlix maintient donc comme règle la loi du lieu où le contrat s'est fait. Il cite le passage suivant de Merlin : « Inutilement, dit-il, prétendrait-on que cette règle ne doit avoir lieu que dans le cas où les contractants sont citoyens ou sujets du pays où ils traitent ensemble. Quelle serait, dans ce système, la loi qui devrait intepréter le contrat passé, en France, entre deux étrangers, dont l'un serait Espagnol et l'autre Allemand? Il n'y aurait certainement pas plus de raison pour l'interpréter par la loi espagnole que par la loi allemande. Force serait donc de l'interpréter par la loi française. Or, pourquoi, dans cette hypothèse, la loi française devrait-elle être prise pour règle d'interprétation? Parce qu'il est de principe que les contractants sont censés, en traitant dans un pays, se soumettre aux lois qui y régissent les contrats. Ce principe est donc applicable à tous les cas. » Fœlix ajoute que ce principe est admis par tous les auteurs; il en cite trente-six (3).

(1) Cassation, 23 février 1864 (Sirey, 1864, 1, 385).
(2) Bruxelles, 24 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 107).
(3) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 228 et 229 de la 4e édition.

436. Il faut se défier des citations en masse que l'on trouve dans le savant ouvrage de Fœlix. Quand on y regarde de près, on trouve que l'unanimité n'est rien moins qu'unanime. Parmi les auteurs cités par Fœlix figure Boullenois, l'un des représentants les plus autorisés de la tradition française. Est-il vrai qu'il se prononce en termes absolus pour *la loi du lieu du contrat?* Nous allons l'entendre. « La grande règle de nos auteurs, dit-il, est de suivre la loi du contrat. Les différentes personnes qui contractent dans un lieu peuvent être domiciliées dans différents endroits, régis par différentes lois : l'utilité du commerce, le bien de la justice, et même la loi naturelle, exigent, selon eux, que l'on donne la préférence à la loi du contrat (1). »

Voilà la loi générale admise par la doctrine. Est-ce à dire que telle fût l'opinion unanime? Boullenois dit qu'il y a sur la matière deux lois romaines qui paraissent contraires, l'une décidant qu'il faut suivre la loi du lieu où le contrat a été fait, l'autre voulant que le juge applique la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée. Laquelle de ces lois faut-il suivre? ou doit-on les suivre l'une et l'autre, en distinguant les hypothèses dans lesquelles elles recevront leur application? Les légistes étaient loin de s'accorder sur l'interprétation de ces lois, et elles formaient cependant le fondement de leur doctrine. N'étant pas d'accord sur le principe, comment pouvaient-ils s'accorder sur les conséquences? Je ne suivrai pas Boullenois dans ce qu'il dit sur les opinions de Maevius, de Faber, de Burgundus. Il approuve et désapprouve les auteurs dont il rapporte les opinions, suivant qu'elles concordent avec ses idées; car l'apparente unanimité des statutaires consistait en ce qu'ils étaient d'accord sur le principe de la loi du contrat, et qu'ils avaient chacun leur système sur les questions d'application; le légiste français termine cette discussion en disant : « De tout ce que nous venons d'exposer, l'on voit la difficulté qu'il y a de donner des *règles certaines* dont on puisse tirer de véritables décisions. »

(1) Boullenois, *Observation* 46 (t. II, p. 445 et suiv.).

Là-dessus Boullenois expose ses propres réflexions. Il convient que les auteurs se déterminent assez unanimement pour la loi du lieu où se passe le contrat; mais il combat les raisons qu'ils allèguent. D'abord ils disent que le juge du lieu où le contrat a été passé est le juge du contrat; or, c'est la même chose d'être soumis à la juridiction d'un lieu, et d'être lié et astreint aux lois de ce lieu. Le principe est faux, dit Boullenois, et j'ajoute que la conséquence est fausse : le juge ne doit pas décider d'après la loi du lieu où il exerce la juridiction, mais, selon les divers cas, d'après la loi personnelle des parties, ou d'après la loi de la situation, ou d'après la loi à laquelle les parties se sont soumises.

Les légistes se déterminaient encore pour la *loi du lieu du contrat*, par la raison que les parties sont présumées s'y être soumises. Sur ce point ils rencontrèrent un rude adversaire; Charles Dumoulin dit tout crûment que cela n'est pas vrai. C'est une question de circonstances. On ne peut croire qu'un homme qui contracte par hasard et fortuitement dans un lieu, et qui peut-être n'a pas intention d'y revenir jamais, ait néanmoins voulu se soumettre à une loi qui lui est étrangère et dont il n'a souvent pas eu le temps de s'informer. La règle étant trop absolue, il fallait y apporter des exceptions. Hertius, dit Boullenois, en met jusqu'à *six*. Lui-même propose ensuite *huit* règles, que je n'ose pas reproduire, de crainte que le lecteur ne me suive pas dans ce dédale d'incertitudes. Ce que j'ai dit suffit pour apprécier la prétendue unanimité de *tous les auteurs*, dont parle Fœlix.

437. Quand Fœlix cite une masse d'auteurs à l'appui d'une règle qu'il établit, ce n'est pas pour étaler sa science, c'est pour prouver que cette règle fait partie du droit des gens. Les cours d'Angleterre et d'Amérique font de même. En France et en Belgique, nous n'attachons d'autorité à une doctrine qu'à raison des motifs sur lesquels elle est fondée : tant valent les raisons, tant vaut l'opinion. Or, si l'on procède ainsi, la quasi-unanimité des auteurs perd singulièrement de son prestige. La première source de la *loi du lieu du contrat* est un fragment du Digeste

436. Il faut se défier des citations de lieu où l'on a trouve dans le savant ouvrage de Fa reproduit la loi regarde de près, on trouve que l'unan : « Ce qui est ambigu qu'unanime. Parmi les auteurs dans le pays où le con- Boullenois, l'un des représenta que Merlin invoque pour tradition française. Est-il vra cas où un contrat est passé absolus pour *la loi du lie* tre Français et étrangers, soit tendre. « La grande rè appliquer la loi du lieu où le consuivre la loi du cont les parties n'ont pas manifesté claicontractent dans u (1). Est-il vrai que la loi romaine et différents endroit du code civil ont le sens qu'on leur prête ? Il commerce, le b ter les jurisconsultes romains ; il est imexigent, selo aient établi une règle de droit civil internadu contrat qu'ils ignoraient notre science. Quant aux

Voilà puisqu'ils du code civil, ils se sont bornés à reproduire, dans dire o la distinction des statuts ; dans tout le reste du y a s l'article 3, code on chercherait vainement une disposition qui ait trait tra au droit international privé. On n'a qu'à lire l'article 1159 l pour se convaincre qu'il ne dit point ce que Merlin lui fait dire. Le code ne parle de la loi du lieu où le contrat se fait que pour en induire une règle qui explique et complète ce que les parties ont entendu dire, dans le cas où ce qu'elles ont dit est ambigu ou incomplet. L'article 1159 ne dit pas un mot du statut qu'il faut appliquer à la convention ; on peut hardiment affirmer que le législateur n'y a pas songé, puisque ce n'était pas là son but, et comment aurait-il tranché une difficulté qu'il n'avait pas pour objet de décider ?

438. La règle de la *loi du lieu* est universellement admise en Angleterre et aux Etats-Unis : un lord écossais, en la citant, l'a formulée et justifiée en ces termes : « L'influence que l'on accorde à la *lex loci contractûs* est fondée sur la *présomption légale* que les parties contractantes avaient en vue la loi du pays où le contrat a été fait et avaient en conséquence l'intention de s'y soumettre(2). » Le savant juge invoque la *loi du lieu* à titre de *présomption*

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, § VI, n° 2 (t. XVIII, p. 431 de l'édition de Bruxelles).
(2) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*. t. III, p. 269.

En France et en Belgique, nous entendons par là 'somption que le législateur a établie, et le code 'admet que difficilement, à titre de preuve, parce 'omptions ne sont qu'un simple raisonnement ', en tirant une conséquence d'un fait connu .onnu (art. 1349). Dans l'espèce, il ne s'agit ouver l'existence de la convention; elle est cer- il s'agit de déterminer la loi qui doit régir cette .vention; ici plus que jamais il faudrait une *loi* pour qu'il y eût une présomption *légale*. Si l'on demandait à lord Robertson quelle est la loi qui établit la présomption qu'il allègue?

Savigny oppose à ceux qui invoquent la *loi du lieu* une autre fin de non-recevoir. On prétend qu'elle est fondée sur l'intention des parties contractantes. Il y a ici une équivoque. Quand on recourt à des présomptions pour déterminer la loi qui doit régir le contrat, c'est que les parties n'ont manifesté leur volonté, ni expressément, ni tacitement; or, comment peut-on admettre que la volonté des parties a été de suivre la loi du lieu où elles contractent, alors qu'en fait elles n'ont aucune intention (1)? Comment le juge peut-il dire que les parties ont voulu se soumettre à telle loi, alors qu'elles n'ont eu aucune volonté? Ce serait donc une intention que le juge leur suppose. Et de quel droit le juge impose-t-il sa volonté aux parties? Le législateur seul a ce droit.

439. Les auteurs qui admettent la *loi du lieu du contrat* y apportent tous des exceptions qui compromettent singulièrement le principe. J'ai déjà cité les *six* exceptions de Hert, et les *huit* règles de Boullenois. Lord Robertson a aussi les siennes : *Excepté,* dit-il, lorsqu'il s'agit de contrats se rapportant à des *immeubles*, et quand les parties contractantes avaient en vue la *loi d'un autre pays;* ou quand la *loi du lieu* est injuste par elle-même ou contraire aux bonnes mœurs, *etc.* » Trois ou quatre exceptions, suivies d'un *et cætera!* N'est-ce pas dire qu'il n'y a pas de règle? C'est le juge qui crée la prétendue

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 112.

présomption légale, c'est aussi le juge qui crée les exceptions à volonté. Ainsi, tout dépend de la volonté du juge, et, dans chaque cas, il peut admettre une règle différente. Ce serait le meilleur principe si les magistrats étaient infaillibles; mais comme ils ne le sont pas, le législateur français a resserré dans les limites les plus étroites le pouvoir des tribunaux de juger par voie de présomptions; il ne leur accorde ce droit que quand il s'agit de prouver la convention, et seulement dans le cas où la valeur du fait juridique ne dépasse pas cent cinquante francs; il ne leur aurait certes pas permis de décider sur de simples probabilités que les parties ont voulu se soumettre à la loi française, ou à la loi allemande, ou à la loi italienne.

Arrêtons-nous un instant aux exceptions de lord Robertson. La première est considérable : dès que la convention porte sur un immeuble, les Anglo-Américains abandonnent la *loi du lieu*, pour s'en tenir à la loi de la situation. C'est la vieille maxime que les coutumes sont réelles; la loi du lieu où les héritages se trouvent fait plus que présumer la volonté des parties, elle s'impose aux contractants; c'est l'esprit féodal que l'on retrouve à chaque pas dans la *common-law*.

La seconde exception renverse la règle : « Quand les parties contractantes avaient en vue la loi d'un autre pays. » Qu'est-ce à dire? On recourt à une présomption légale, dit Robertson, pour établir la volonté que les parties ont eue de se soumettre à la loi du lieu, pour mieux dire, la volonté qu'elles auraient eue, si elles avaient prévu le conflit des lois qui pourrait se présenter. Elles n'ont donc eu aucune volonté. Et l'on vient nous dire que la présomption de la loi du lieu, basée sur l'absence de volonté, reçoit exception quand il y a volonté contraire. Si les parties ont eu une volonté quelconque, cette volonté leur tient lieu de loi; dès lors il ne peut plus s'agir de présomptions! L'exception témoigne contre la règle.

La troisième exception de lord Robertson n'en est pas une. Elle suppose que la loi du lieu est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs; il est d'évidence que, dans ce cas, les contractants ne peuvent se soumettre à la *loi*

du lieu. En effet, cette loi n'est autre chose que la convention des parties qui se l'approprient. Or, il est écrit dans le code civil, et universellement admis, que l'on ne peut, par des conventions particulières, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6).

440. On voit quelle confusion règne en cette matière. Que serait-ce si l'on admettait encore l'exception des *et cætera?* Autant vaut laisser là tout débat, et réduire toute la science du droit à l'omnipotence du juge. Telle est à peu près la jurisprudence anglo-américaine. Je reviens aux auteurs dont le témoignage unanime forme une règle de droit international, au dire de Fœlix. Parmi ces auteurs figure Bourgoingne, excellent légiste, mais réaliste comme tous les statutaires belges. Boullenois dit que la doctrine de Bourgoingne concernant la loi des contrats est ce qu'il a trouvé de plus méthodique et de plus travaillé. Voici les exemples qu'il donne des *exceptions* à la loi du lieu, avec les observations de Boullenois (1).

A Alost, l'acquéreur d'un fonds doit entretenir le bail du fermier. Le fonds vendu est situé à Alost, mais le contrat a été passé dans un pays où l'on suit la loi romaine, qui permet à l'acquéreur d'expulser le fermier. Bourgoingne décide qu'il faut suivre la loi de la situation, de préférence à celle du lieu où la vente s'est faite. Boullenois adopte cette solution. C'est proprement l'héritage qui se défend, dit-il; et le fermier ne doit pas souffrir du fait de celui qui lui a passé le bail, quand la loi du fonds qu'il exploite est en sa faveur. Cela suppose que le bail donne au fermier un droit dans la chose, un droit réel; or, la loi qui oblige l'acquéreur à maintenir le bail ne change pas la nature du contrat de louage. La question doit donc se décider par la loi qui régit le contrat de vente; et quand les parties font leur contrat dans un lieu où l'acquéreur peut expulser le fermier, ne faut-il pas supposer que leur intention est de s'en rapporter à cette loi? La loi de la situation peut être inconnue à l'acheteur; comment aurait-il la volonté de s'en rapporter à une loi qu'il ignore?

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des lois*, t. II, p. 450 et suiv.

Bourgoingne cite un second exemple de l'exception qu'il admet à la *loi du lieu*. Dans le lieu où est situé un héritage loué, la tacite reconduction se fait pour trois ans; le bail a été contracté dans un autre lieu où cette jurisprudence ne s'observe pas. Bourgoingne décide que la durée de la tacite reconduction sera de trois ans, conformément à la loi de la situation. Boullenois approuve la décision, mais par une raison autre que celle de la situation de l'héritage. Dans l'espèce, dit-il, il n'y a pas de conflit de lois. La tacite reconduction est un nouveau bail qui se fait par un concours de consentement du bailleur et du fermier; et où se forme cette convention nouvelle? Au lieu où se trouve l'héritage.

Troisième exemple. J'ai un fonds situé dans un endroit où le vendeur a la faculté de se repentir jusqu'à la tradition; je le vends dans un lieu où cette faculté n'existe point. Bourgoingne se prononce encore pour la loi de la situation. Ici Boullenois conteste : il lui semble que c'est avant tout une question d'intention, et l'intention ne se présume pas par la loi de la situation des biens.

Ainsi les réalistes admettent que la *loi du lieu* se fonde sur l'intention des parties intéressées, mais dès qu'il s'agit d'immeubles, ils laissent là l'intention et s'en tiennent à la loi féodale de la situation. Ne serait-ce pas là la véritable origine de la fameuse *loi du lieu*, qui a pour elle l'autorité de trente-six auteurs? Je vais y revenir. Avant tout je dois m'arrêter à une autre exception qui joue un grand rôle en matière de contrats.

441. Fœlix admet une exception à la *loi du lieu* lorsque le contrat doit recevoir son exécution dans un lieu autre que celui où il a reçu sa perfection; dans ce cas, tout ce qui concerne l'accomplissement des engagements pris par le contrat et son exécution est régi par la loi du lieu où le payement doit se faire. Cette loi, dit-il, déterminera les formalités de la délivrance et du payement, la mesure des terres ou des objets mobiliers aliénés, la monnaie dans laquelle le payement doit être effectué, la demeure et l'obligation aux dommages-intérêts qu'elle entraîne (1).

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 231, n° 98 (4e édit.).

Fœlix cite dix-huit auteurs, anciens et modernes, qui admettent cette expression, français, allemands, belges, anglais, américains, italiens. Voici ce que dit Story, le plus considérable, parce qu'il est l'interprète du droit anglo-américain. Quand le contrat doit être exécuté dans un autre lieu que celui où il a été formé, on admet généralement que l'intention des parties a été que le contrat soit régi par la loi du lieu de l'exécution; ce que Story entend non seulement, comme le dit Fœlix, de ce qui s'est passé depuis la formation du contrat, mais aussi de la validité du contrat, de sa nature, des obligations qui en résultent et de son interprétation. Cette manière d'entendre l'exception est basée sur la loi romaine, qui est le fondement de l'exception admise par nos dix-huit auteurs; elle est ainsi conçue : « Contraxisse unusquisque eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit. » Story cite encore le fragment suivant : « Aut ubi quisque contraxerit. Contraxisse unusquisque non utique in eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia (1). » Si l'on entend ces textes dans le sens littéral qu'ils présentent, il n'y a aucun doute : la formule de Story doit être préférée à celle de Fœlix. Les parties sont censées n'avoir point contracté dans le lieu où elles ont traité; donc la loi de ce lieu ne peut être appliquée, pas plus aux conditions de validité qu'à l'exécution des conventions. Tout le contrat est régi par la loi du lieu du payement, puisque c'est dans ce lieu que les parties sont censées avoir contracté.

Ainsi le fondement même de la *loi du lieu du payement* est contesté, car la loi qui, pour Fœlix, est une exception restreinte aux faits d'exécution, devient une règle pour les légistes anglo-américains. Là ne s'arrête pas le doute. On ne s'entend pas sur le sens de la loi romaine qui est la base de la théorie. D'après les meilleurs interprètes, dit M. Massé (2), la loi n'a pour objet que d'expliquer la règle du droit romain, suivant laquelle le juge du lieu où un contrat a été passé est compétent pour con-

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 325, § 280, 7e édition.
(2) Massé, *Le Droit commercial*, t. Ier, p. 463, n° 564 (2e édit.).

naître des actions auxquelles ce contrat donne lieu; le jurisconsulte dit que, sous le rapport de la compétence, le lieu de l'exécution ou du payement doit être considéré comme le lieu du contrat même. Il y a une autorité très grave en faveur de cette opinion, celle de Wächter, dont j'ai si souvent cité la monographie sur le conflit des lois(1). Fœlix se borne à mentionner ce dissentiment : il lui suffit, dit-il, d'avoir démontré, par le témoignage des auteurs qu'il cite, le *sentiment commun des nations* sur ce point. Qu'est-ce qu'un *sentiment commun* appuyé sur un témoignage dont la signification est douteuse?

L'opinion de Wächter n'est pas isolée. Des jurisconsultes allemands très autorisés disent comme lui qu'il ne s'agit pas, dans la loi romaine, de savoir par quelle loi est régi le contrat, mais devant quel tribunal sera portée l'action née du contrat : et les auteurs qui interprètent ainsi la loi romaine traitent précisément de la procédure et de la compétence (2). Le sens des textes, quand il s'agit d'une question de droit civil international, est chose assez indifférente, puisque les jurisconsultes romains ignoraient notre science. Ce qu'il importe de savoir, c'est si la loi, dans le sens qu'on lui prête, est en harmonie avec les principes. Sur ce point l'opinion de Wächter mérite d'être prise en considération. Il est très rationnel d'admettre que le lieu du payement détermine la compétence du tribunal; en effet, la partie qui a voulu payer dans un lieu qu'elle a choisi doit s'attendre à être poursuivie là où elle devrait payer, si elle ne paye pas. Mais la compétence n'a rien de commun avec la loi du contrat; celle-ci est une question d'intention. Est-ce que l'intention dépend de la loi du lieu où l'action sera intentée? La compétence est si difficile à régler que le plus souvent les parties ne pourraient point la préciser, lors du contrat. Et qu'importe après tout quel tribunal décidera, dans un avenir plus ou moins éloigné, la contestation qui pourra naître du contrat? C'est au moment où le contrat se passe que les parties doivent savoir

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 43-45.
(2) *Bethmann-Hollweg, Versuche über den Civil-Prozess*, p. 36. Comparez Mühlenbruch, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XIX, p. 373.

ce qu'elles veulent, et si elles n'ont pas pensé au conflit des lois qui pourra se présenter, qu'est-ce que le législateur devra présumer? Car il ne faut point perdre de vue que le législateur est obligé de présumer ce que les parties auraient voulu, si elles avaient pensé à la loi qui régira leurs conventions. Il doit choisir entre la *loi du lieu* et la loi de l'*exécution*. Les probabilités sont en faveur de la *loi du lieu*, puisque cette loi est certaine, tandis que celle du *payement* est incertaine. C'est l'opinion de Rocco, l'excellent jurisconsulte napolitain (1).

442. La *loi du lieu* joue un grand rôle dans le droit anglo-américain; et la *common-law* étant une loi traditionnelle par excellence, c'est là que nous trouverons le véritable esprit de cette règle qui y domine dans tous les faits juridiques. Story demande quel en est le fondement. En général, dit-il, on répond que toute personne qui contracte dans un pays se soumet aux lois de ce lieu, et consent tacitement que ces lois régissent les conventions qu'elle y fait (2). Cette justification donne lieu à une difficulté : pour se soumettre à une loi, il faut la connaître, et peut-on dire que l'étranger domicilié dans un pays en connaît les lois? Hertius disait que l'étranger ne peut être lié par des lois qu'il ignore. On répondait à l'objection par la maxime banale que l'on est censé connaître les lois du pays où l'on contracte. Huber en concluait que la *loi du lieu* régit non seulement les étrangers domiciliés, mais même les étrangers simplement résidants (2).

Story a une autre explication, qui est tout à fait dans l'esprit de la tradition. Il n'est pas nécessaire que celui qui contracte dans un pays se soumette aux lois du lieu; qu'il le veuille ou non, il y est assujetti; en effet la puissance souveraine de chaque Etat a le pouvoir de gouverner toutes les personnes et toutes les choses qui s'y trouvent. C'est la règle féodale, que toute coutume est réelle, dans toute sa crudité, comme disait Dumoulin. Le statut réel ne tient aucun compte de la volonté des parties contrac-

(1) Rocco, *Delle leggie del regno delle due Sicilie*, p. 323, suiv.
(2) Voyez les diverses opinions et les témoignages dans Story, *Conflict of laws*, p. 299, note 3 (7e édit.).

tantes, la puissance souveraine domine tout; il ne peut être question d'une autre loi que celle du territoire. Cela était très vrai sous le régime féodal, parce que la terre y était souveraine, et cette souveraineté était absolue et exclusive. L'état social du moyen âge explique le caractère hostile des lois : les peuples étaient ennemis, la guerre était universelle et permanente, l'homme était un loup pour l'homme (1). Faut-il demander si tel est encore notre état social? Le commerce a remplacé la guerre, et la souveraineté de l'Etat n'exclut pas l'action de l'individu et des lois qui le régissent. L'homme est souverain quand il s'agit de ses intérêts privés; son autonomie est écrite dans notre code; il peut faire telle convention qu'il veut, et sa volonté lui tient lieu de loi (C. Nap., art. 1387 et 1134); il peut donc déclarer que ses conventions seront régies par la loi du pays où il contracte, ou par toute autre loi; la loi qu'il adopte vaudra comme expression de sa volonté. Dans cet ordre d'idées, la *loi du lieu* change de nature; ce n'est plus un acte de souveraineté, c'est une présomption fondée sur la volonté des contractants, et comme cette présomption pourrait être contraire à la véritable intention des parties intéressées, le législateur les engage à déclarer elles-mêmes ce qu'elles veulent. Ce n'est qu'avec ce correctif que *la loi du lieu* devient rationnelle (2).

§ II. — *Quel est le lieu du contrat.*

N° 1. PRINCIPE.

443. La *loi du lieu du contrat* suppose que le lieu où le contrat se parfait est certain. Cependant les auteurs ne s'entendent pas sur le point de savoir quel est le lieu du contrat. Ainsi la présomption qui devait mettre fin à l'incertitude aboutit à une incertitude nouvelle.

Les parties qui contractent sont d'ordinaire présentes au moment où le contrat se passe. Dans ce cas il ne paraît pas y avoir de doute; Savigny dit que le lieu du contrat

(1) Voyez le tome Ier de ces Etudes, n° 19.
(2) Comparez le tome II de ces Etudes, p. 394 et suiv.

sera celui où les parties sont en présence l'une de l'autre. Cependant il ajoute que ce principe si simple reçoit des modifications et des restrictions (1). Il y a plus, le principe même n'est pas universellement admis. M. Massé le formule en d'autres termes qui conduisent à des conséquences toutes différentes : « Le lieu du contrat est celui où l'*acte matériel* qui contient la convention des parties a été *rédigé* et *signé*. Cette énonciation se justifie d'elle-même ; le lieu où est intervenu le consentement réciproque des parties, où elles se sont liées, est le lieu du contrat d'après le sens logique et grammatical (2). » Ce qui paraît si évident à M. Massé est cependant une confusion de deux ordres d'idées très différents : la formation du contrat et la preuve. J'emprunte à Wächter une hypothèse qui paraît singulière, et qui peut néanmoins se présenter tous les jours. Deux commerçants voyagent en chemin de fer, l'un Anglais et l'autre Français ; ils se rendent en Italie. En route ils font un contrat de vente ; et arrivés au lieu de leur destination ils le constatent par écrit. Quel sera le lieu du contrat, et partant, la loi qui le régit? Je suppose que le concours de consentement a eu lieu en Suisse, et l'acte est rédigé en Italie. D'après le principe, tel que M. Massé le formule, il faudrait dire que le contrat s'est formé en Italie. C'est confondre la preuve littérale et le fait juridique que l'écrit constate. La convention est parfaite dès qu'il y a concours de consentement, quand même il n'y aurait pas d'écrit ou que l'écrit serait nul. Peu importe donc que l'écrit soit rédigé en Italie, quand le consentement a eu lieu en Suisse : lorsque l'acte est dressé, la convention est déjà parfaite, donc *le lieu du contrat* est, non l'Italie, mais la Suisse.

444. Toutefois il se peut que, par exception, le lieu du contrat soit le pays où l'acte a été rédigé. Si les parties conviennent que leurs conventions ne seront définitives qu'après que l'acte aura été rédigé, il n'y aura pas de contrat si l'une d'elles refuse de signer ; partant le contrat ne se formera que là où l'acte sera dressé. Dans l'espèce,

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 234.
(2) Massé, *Le Droit commercial*, t. Ier, p. 463, nº 564 (2e édit.).

les parties ont subordonné l'existence de leurs conventions à la rédaction d'un écrit; or, la volonté des parties leur tient lieu de loi. Il faut se garder d'en induire que, dans tous les cas où les parties conviennent de rédiger un acte, la convention n'aura d'existence que lorsque cet acte sera dressé. La règle générale et presque universelle est que les actes ne servent que de preuve; en convenant qu'elles dresseront un acte, les parties entendent se procurer une preuve littérale de leurs conventions, donc ces conventions existent, et le lieu de la convention sera celui où le concours de consentement est intervenu. Ce n'est que par exception que l'écrit devient une condition d'existence du contrat; on ne peut l'admettre que si les parties l'ont clairement voulue. Ce qui est l'exception dans les contrats non solennels est la règle dans les contrats solennels, puisque la solennité tient à la substance du fait juridique. La donation n'existe que lorsqu'elle est reçue par acte authentique.

445. La donation est soumise à des formalités spéciales, lorsque les deux parties ne sont pas présentes à l'acte par lequel le donateur fait la libéralité. Il faut, dans ce cas, que le donataire accepte par acte authentique, et qu'il notifie son acceptation au donateur. La donation ne se parfait que par la notification, partant le lieu du contrat sera celui où la notification se fera (art. 932). Il faut appliquer le même principe à tous les contrats solennels.

Je suppose que les parties soient de nationalité différente (art. 932); l'acte de donation se fait à Bruxelles; l'acceptation a lieu dans les Pays-Bas et la notification en Allemagne. Le *lieu du contrat* sera l'Allemagne: est-ce aussi la loi allemande qui sera la *loi du contrat?* Si la *loi du lieu* est la loi du contrat, c'est parce qu'on présume que les parties l'ont adoptée. Or, peut-on dire que le donateur belge, faisant une libéralité à Bruxelles, ait entendu adopter comme règle de la donation la loi allemande, à laquelle il ne songeait pas lors du contrat, et que probablement il ne connaît pas? Toutefois, dans l'esprit de la tradition, et la *loi du lieu* est un principe traditionnel, il faut décider que la loi du lieu où le contrat se parfait ré-

gira les conventions des parties. On ne tient pas compte de leur volonté. La raison en est qu'il n'y a lieu à la présomption légale que lorsque les parties n'ont manifesté leur volonté, ni expressément, ni tacitement; leur intention étant incertaine, on ne peut pas s'en prévaloir contre la présomption de la loi.

446. Fœlix prévoit une autre difficulté. Il y a des conventions qui ne deviennent valables que par l'homologation du tribunal : telle est la transaction que le tuteur consent au nom du mineur (C. Nap., art. 467). Le code civil exige encore l'homologation pour les emprunts que le tuteur contracte, et pour les aliénations et hypothèques qu'il consent (art. 458). Fœlix dit que les actes qui doivent être homologués sont régis, non par la loi du lieu où le contrat a été passé, mais par celle du lieu où siége le tribunal (1). Cela me paraît douteux, même d'après la doctrine traditionnelle. C'est le tuteur qui transige, après y avoir été autorisé par le conseil de famille. Le tribunal n'intervient que pour approuver ou désapprouver; son intervention est une garantie pour le mineur, mais elle n'a rien de commun avec la volonté des parties contractantes; donc on ne peut pas dire que les parties ont voulu adopter la loi du lieu où siége le tribunal. Il ne faut pas confondre les formalités que la loi prescrit en matière de tutelle avec les solennités exigées pour les actes solennels; celles-ci tiennent au consentement, et sont par conséquent nécessaires pour que le contrat existe; il n'en est pas de même des autres : la transaction existe dès que le tuteur a traité. Le véritable contrat se passe donc là où les parties consentent; l'homologation n'ajoute rien à leur consentement, donc le lieu de l'homologation est étranger à leur volonté.

N° 2. DES CONTRATS QUI SE FONT PAR CORRESPONDANCE.

447. Quand se parfait le contrat si les parties traitent par correspondance? Le consentement est un concours de

(1) Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. Ier, p. 245 (4e édit.).

volontés. Il y a deux éléments dans le consentement, l'offre et l'acceptation. D'ordinaire l'offre et l'acceptation se font entre personnes présentes, et l'une suit immédiatement l'autre; le contrat se forme alors au moment même. Lorsque les deux parties ne sont pas présentes, l'offre se fait par correspondance; dans ce cas, naît la question de savoir à quelle époque l'acceptation peut ou doit se faire, et partant quand et où le contrat se forme. Il est certain que l'offre non acceptée, ou la pollicitation, n'oblige pas celui qui l'a faite; le pollicitant peut la rétracter, aussi longtemps que celui à qui l'offre est adressée ne l'a pas acceptée; et l'offre peut être acceptée tant qu'elle subsiste, c'est-à-dire tant qu'elle n'a pas été rétractée. Si l'offre est acceptée, cela suffit-il pour que le contrat soit parfait? La question est très controversée. A mon avis, le contrat ne se forme que lorsque l'acceptation est connue de celui qui a fait l'offre. C'est ainsi que les choses se passent quand les deux parties sont présentes : l'acceptant entend ce que veut le pollicitant. et celui-ci entend la réponse qui est faite à ses offres, Voilà le vrai concours de volontés : chacune des parties sait ce que veut l'autre. Les choses ne doivent-elles pas se passer de même quand l'offre et l'acceptation se font par correspondance? Il n'y a pas deux manières de consentir, il n'y en a qu'une : le pollicitant doit entendre la réponse de l'acceptant, pour que leurs volontés concourent; or, il ne l'entend qu'au moment où il reçoit la lettre qui lui annonce l'acceptation. On objecte que le concours de volontés existe dès le moment où celui à qui l'offre est faite manifeste la volonté de l'accepter. Cela n'est pas exact : il y a *coexistence de volontés*, il n'y a pas *concours*. Le concours implique plus que l'existence des deux volontés, il suppose que chacune des parties sait ce que veut l'autre. C'est l'opinion enseignée par Rocco, Esperson, Fiore, Massé (1). Toutefois il y a des autorités considérables en faveur de l'opinion contraire.

(1) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 478-480 (2e édit.). Rocco, *Delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 378. Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 136. Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 338, n° 247.

448. Casaregis, dont l'autorité est si grande en matière de commerce, enseigne que le contrat devient parfait dès que la proposition est acceptée, et il en conclut que le *lieu du contrat* est celui de l'acceptation, tandis que dans l'opinion que je viens de proposer, le lieu du contrat serait celui où l'offre a été faite, et où l'acceptation est reçue. Un marchand de Gênes écrit à son correspondant de Venise pour lui offrir des marchandises; si, dit Casaregis, l'offre est acceptée par le correspondant, c'est à Venise que le contrat s'est formé. On suppose, ou l'on feint que le pollicitant était présent à Venise, par l'intermédiaire de sa lettre, et que c'est entre présents que la convention s'est formée (1). Voilà une étrange fiction : c'est parce que le pollicitant n'est pas à Venise, qu'il fait son offre par une lettre datée de Gênes, où il se trouve; et il serait néanmoins censé se trouver là où il n'est pas! La lettre, dit-on, remplace le pollicitant. Est-ce que cette lettre entend aussi ce que dit l'autre partie, le marchand vénitien? Peut-on feindre qu'une lettre ait des oreilles et qu'elle entende?

Savigny s'est prononcé pour l'opinion de Casaregis, sans apporter un nouvel élément dans le débat. Il répond aux raisons que donnent les partisans de l'opinion contraire. On dit que le pollicitant peut rétracter son offre, tant qu'il n'a point connaissance de l'acceptation, donc il n'est pas lié, et partant il n'y a pas de contrat. Savigny répond que ces changements de volonté ne sont que de rares exceptions, que régulièrement l'acceptation se fait après que l'offre est reçue, et forme le contrat (2). Eh, qu'importe? Il ne s'agit pas du *fait*, il s'agit du *droit*. Il suffit que le pollicitant ait le droit de rétracter son offre, tant qu'il ne connaît pas l'acceptation, pour qu'il soit vrai de dire que le contrat n'est pas formé; donc il se forme seulement quand l'acceptation vient à la connaissance du pollicitant.

449. J'ai parlé de deux systèmes. Il y en a au moins

(1) Casaregis, *Disc.* 179, nos 1 et suiv. Comparez Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 480.
(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 236.

cinq, et il faudrait en ajouter un sixième, si l'on prenait au sérieux une monographie récente publiée par un professeur allemand (1). Nos voisins ont une passion pour les systèmes absolus, et il va sans dire que chaque auteur est convaincu que le sien est l'expression de la vérité. M. Koeppen exprime cette conviction avec une rare naïveté. Il dit que la théorie actuelle ne saurait être acceptée par la pratique civile et commerciale. L'auteur entreprend de fonder une nouvelle théorie, laquelle *doit* être, selon lui, la véritable doctrine romaine, ignorée jusqu'en 1871. M. Rivier, lui-même romaniste, ajoute, en rendant compte du livre dans la *Revue* de M. Rolin-Jaequemyns (2) : « Je dis qui *doit* être, parce que (selon l'auteur), le droit romain ne peut pas avoir consacré un principe incompatible avec les *exigences actuelles des affaires*. M. Koeppen semble donc supposer que le droit romain est *parfait*, *absolu*, la vraie *raison écrite*. Malheureusement rien n'est parfait sous le soleil. » M. Rivier termine par ces sages paroles dont nous pouvons tous profiter : « Les jurisconsultes romains étaient bien loin de croire leurs solutions parfaites : les marques de doute, d'incertitude, de crainte d'être trop décisif, abondent dans leurs assertions, où ils se montrent généralement moins tranchants que les jurisconsultes d'aujourd'hui : c'est même là un des nombreux côtés par lesquels les Romains doivent nous servir de modèles. »

Si le professeur de Strasbourg avait voulu faire la satire de la *raison écrite*, il n'aurait pu s'y prendre mieux : la nouvelle théorie *doit* être la vérité absolue parce que le droit romain est la vérité absolue, même dans nos sociétés commerciales et industrielles, donc dans un état social dont les Romains n'avaient pas même le soupçon ! Est-ce en désespoir de cause que Grotius, dans notre débat, voulait que l'on eût recours au droit naturel pour décider quelle loi il fallait appliquer à un contrat fait par corres-

(1) Koeppen, professeur à Strasbourg, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, 1871. Comparez Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 160, § 5.

(2) *Revue de droit international*, t. IV, p. 535 et suiv. (1872).

pondance? Il assimile les contrats faits par lettres à ceux qui seraient faits en pleine mer; et il suppose que ces conventions n'étant pas soumises à une juridiction locale, puisqu'il n'y en a pas, sont exemptes de toute juridiction; il conclut qu'elles sont régies par le seul droit naturel (1). M. Massé prend la peine de réfuter cette doctrine (2). D'abord il n'est pas exact de dire que les conventions faites en pleine mer ne sont soumises à aucune juridiction: ce serait dire que ce ne sont pas des conventions, puisqu'elles ne seraient pas susceptibles d'exécution forcée. Voilà à quoi conduit l'idée de la souveraineté territoriale qui joue un si grand rôle dans notre science! Bien moins encore peut-on dire que ceux qui contractent par lettres ne sont soumis à aucune juridiction; les contractants sont régis chacun par sa loi personnelle, et ils sont aussi soumis à la loi territoriale. S'il y a plusieurs lois en conflit, la question est de savoir laquelle il faut appliquer : c'est un étrange raisonnement de dire que là où il y a plusieurs lois en conflit, il n'y a pas de loi!

450. Reste à savoir si le lieu où le contrat s'est formé détermine nécessairement la loi qui le régit. Si l'on admet la *loi du lieu* comme règle générale, la conséquence est que c'est cette loi qui, dans le doute, doit recevoir son application. Dans l'opinion que je viens de soutenir, le *lieu du contrat* est celui d'où est partie l'offre, et où l'acceptation est reçue, donc la loi de ce lieu sera la loi du contrat. Il y a un arrêt en ce sens de la cour provinciale de la Gueldre, du 14 juillet 1871. Dans l'espèce, l'offre avait été faite par un négociant de Zutphen à un marchand de Hongrie; il est plus que probable que le pollicitant ne connaissait pas la loi hongroise; et d'un autre côté, il avait pris soin, dans son offre, de régler toutes les conditions du contrat, en ajoutant qu'il demandait une acceptation pure et simple, ou un refus. La cour de Groningue a donc bien jugé en décidant que l'auteur de l'offre était censé s'en référer à sa loi pour ce qui n'était pas expressément prévu dans ses propositions; en acceptant l'offre,

(1) Grotius. *De jure belli et pacis*, lib. II, c. XI, § 5.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 477, § 579.

l'autre partie acceptait en même temps la loi du pollicitant (1).

Ne faut-il pas toujours faire ce raisonnement? Wächter dit que si l'offrant est censé s'en être rapporté à sa loi, il faut présumer la même intention chez l'acceptant; lui aussi ne connaît d'ordinaire que sa loi, et entend traiter avec son correspondant comme il traite journellement dans le lieu qu'il habite. Wächter en conclut qu'il faut diviser le contrat, et régler les obligations de chacune des parties d'après la loi qui la régit (2). N'est-ce pas diviser le consentement qui, de sa nature, est indivisible? Ce qui est une obligation pour l'acheteur est un droit pour le vendeur; et si les obligations de chacune des parties doivent être régies par sa loi, pourquoi n'en serait-il pas de même des droits des contractants? On arrivera ainsi à régler par des lois différentes le droit et l'obligation qui y est corrélative, ce qui est une impossibilité juridique. Cependant Savigny admet cette solution, mais en la modifiant. Il compare le pollicitant, s'il fait une offre par lettre, à un voyageur qui se rend chez son correspondant pour conclure un marché. Un séjour temporaire de quelques heures ne suffit pas pour déterminer la loi du contrat; on doit donc appliquer la règle générale qui, d'après Savigny, est le lieu où le contrat reçoit son exécution. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le lieu de l'exécution soit certain; on peut croire, dans ce cas, que les parties y ont eu égard; si le lieu du payement n'a pas été réglé d'une manière formelle, il ne reste qu'à diviser le contrat, comme le propose Wächter (3). J'ai rejeté, dans le cours de ces Etudes, le point de départ de Savigny, la loi du lieu du payement, je ne puis donc accepter l'application qu'il en fait au contrat par correspondance. Quant à diviser un contrat, je ne saurais m'y faire; il faudrait pour cela que les parties elles-mêmes eussent précisé leurs rapports en indiquant les faits juridiques, droits et obli-

(1) *Revue de droit international* de Rolin-Jaequemyns, t. IV, p. 659, n° 36 (1872).

(2) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 45.

(3) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 256 et suiv.

gations, qui seraient réglés par les lois diverses. Or, il ne faut pas perdre de vue que, dans notre débat, la volonté des parties est incertaine ; le législateur, ou, à son défaut, le juge est obligé de présumer ce que les parties auraient voulu si leur attention s'était portée sur le conflit des lois. Dans cette situation, on doit supposer que les deux parties ont voulu la même chose, puisque ce concours de volontés constitue précisément le consentement.

451. Ces principes reçoivent-ils leur application aux contrats faits par correspondance télégraphique? Les télégrammes ne diffèrent des lettres que par la rapidité avec laquelle ils s'expédient. De là naissent bien des difficultés sur le point de savoir à quel moment se parfait le contrat. Ces difficultés sont de fait plutôt que de droit (1). Le contrat se forme plus vite, mais il se forme toujours là où intervient le concours de consentement; donc c'est aussi la loi de ce lieu qui régira les conventions des parties. J'ai sous les yeux un excellent traité d'Asser sur la télégraphie ; dans la question de savoir quand et où se parfait le contrat conclu par correspondance télégraphique, l'auteur met les télégrammes sur la même ligne que les lettres (2). Cela est décisif.

N° 3. DES CONTRATS QUI SE FORMENT PAR MANDATAIRES.

452. Dans tout mandat, il y a deux contrats : d'abord la procuration donnée par le mandant et acceptée par le mandataire, ensuite le contrat que le mandataire est chargé de conclure au nom du mandant. Il nous faut donc voir quelle est la loi qui régit le mandat, et quelle loi régit l'affaire dans laquelle le mandataire représente le mandant.

Une première difficulté se présente : quand et où se forme le mandat? D'ordinaire le mandat se donne par lettre; voilà pourquoi le code civil dit que le mandat se prouve *même par lettre*, bien que la lettre ne soit pas un acte, et ne figure pas parmi les modes de preuve. Faut-il

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XV, nos 476 et 477.
(2) C. Asser, *De telegraphie en hare regtsvolgen* (1867), p. 87, § 4.

appliquer au mandat qui se donne par lettre la doctrine que je viens d'exposer sur les contrats qui se font par correspondance? Le code Napoléon dit que le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. Cela est d'évidence, puisque pour tout contrat il faut le concours de consentement. Mais il s'agit de savoir si l'acceptation suffit, ou s'il faut de plus que le mandant ait connaissance du consentement donné par le mandataire. On enseigne généralement que l'acceptation suffit; le mandant, ayant donné sa procuration au mandataire, est censé persister dans sa volonté; le mandat étant dans son intérêt exclusif, il n'y a aucune raison de croire qu'il retire le pouvoir qu'il a donné; il ne s'oblige pas, c'est le mandataire qui contracte une obligation, il doit donc suffire que celui-ci accepte. S'il en est autrement dans les contrats synallagmatiques, c'est que, dans ces contrats, chacune des parties s'oblige, et le pollicitant peut avoir intérêt à retirer ses offres, tant que l'autre partie ne l'a pas informé de son acceptation (1).

Ces raisons me paraissent bien faibles. La différence que l'on établit entre le mandat et les contrats synallagmatiques est repoussée par le texte même du code civil. La donation est aussi un contrat unilatéral; et néanmoins elle ne se parfait que lorsque l'acceptation du donataire est notifiée au donateur. Dira-t-on que le donateur s'oblige, tandis que le mandant ne contracte aucune obligation par le mandat? L'objection ne tient pas compte du motif pour lequel la loi veut que l'acceptation vienne à la connaissance de celui qui a fait l'offre : ce n'est pas parce que le pollicitant sera obligé par le contrat qu'il a proposé, c'est parce qu'il n'y a concours de consentement que lorsque le pollicitant a connaissance de l'acceptation. Cela est décisif; la raison est générale, donc le principe s'applique aux contrats unilatéraux aussi bien qu'aux contrats bilatéraux.

453. Du principe que le mandat n'existe que lorsque le mandant est informé de l'acceptation, suit que c'est au lieu où le mandant a donné sa procuration, et où il reçoit

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 341.

l'avis de l'acceptation, que le contrat se parfait. La conséquence est que la loi de ce lieu est aussi la loi qui régit le mandat, et par conséquent l'étendue des pouvoirs du mandataire. C'est l'application de *la loi du lieu du contrat*, et dans l'espèce cette loi est fondée en raison. Le mandat est donné uniquement dans l'intérêt du mandant; le mandataire ne fait que le représenter dans l'affaire dont il est chargé; il est donc naturel que le mandant détermine la portée du pouvoir qu'il entend donner au mandataire; et à défaut d'une déclaration de volonté, on peut présumer qu'il s'en rapporte à la loi du lieu qu'il habite, et qui, d'ordinaire, sera sa loi personnelle. Il la connaît, ou est censé la connaître, tandis que le plus souvent il ignorera complètement la loi du lieu où le mandat est accepté par le mandataire. Cela a été jugé ainsi par le tribunal de commerce de l'empire d'Allemagne. Il s'agissait, dans l'espèce, du mandat donné par une maison de commerce française à son commis voyageur en Allemagne. Le code de commerce allemand a tout un titre sur la matière (titre V). Il donne aux voyageurs des pouvoirs très étendus que ne leur donne pas la loi française. Si le mandataire est Allemand, et accepte en Allemagne, faudra-t-il appliquer la loi allemande ou la loi française? Le tribunal de Leipzig pose en principe que les dispositions du code allemand ne forment pas la règle des pouvoirs donnés aux représentants commerciaux, en dehors du territoire de l'empire. L'étendue de ces pouvoirs doit se régler d'après les habitudes de langage et la coutume du lieu où les mandataires ont été constitués. On ne peut pas présumer que le mandant entend se soumettre à une loi étrangère qu'il ne connaît point. Il faut présumer, au contraire, qu'il a voulu donner à son représentant les pouvoirs tels qu'ils sont déterminés par sa loi personnelle (1). Ces présomptions sont certainement fondées sur des probabilités : mais ne conviendrait-il pas qu'elles fussent consacrées par la loi? En droit français, cela me paraît certain.

454. Reste à savoir par quelle loi sera régi le contrat

(1) Clunet, *Journal du droit international privé*, t. Ier, p. 81, suiv. (1874).

que le mandataire est chargé de conclure, quand le mandat est exécuté en pays étranger. On suppose que les parties n'ont déclaré leur volonté, ni verbalement, ni par écrit, ni par des faits. Dans l'opinion générale que j'expose, on suit la loi du lieu où le contrat se passe. Quel est ce lieu? Il y a quelque doute. Si l'on ne considère que le mandataire, le contrat se parfait là où le mandataire et le tiers consentent. La difficulté est de savoir s'il faut considérer le mandataire ou le mandant, pour déterminer le lieu du contrat et la loi qui le régit. Au premier abord, on pourrait croire qu'il ne faut avoir égard qu'au mandant; en effet, le mandataire est l'instrument, ce n'est pas lui qui contracte, c'est le mandant. Ainsi il y a en présence le mandant qui habite Lyon et le tiers contractant qui habite Leipzig : où le contrat se parfait-il? Voici comment on interprète la représentation du mandant par le mandataire. Le mandant est censé présent là où il est représenté par son agent; c'est, dit un juge anglais, comme si le mandant s'était transporté dans le lieu où le contrat se parfait (1). Telle est aussi l'opinion de Casaregis et des auteurs qui ont écrit sur le droit international privé (2). Il y a une objection, c'est que le contrat sera régi par une loi que le mandant peut ne pas connaître. On répond, et la réponse est péremptoire, que la *loi du lieu* est une présomption légale, et le législateur recourt à la présomption par nécessité. C'est parce que les parties n'ont manifesté aucune volonté, que la loi et, à son défaut, le juge sont obligés de présumer leur intention; il ne tient qu'à elles de prévenir une présomption qui peut ne pas répondre à leur volonté. C'est un nouvel argument à l'appui de la proposition que j'ai faite dans le projet de révision du code civil et que j'ai reproduite ici-même (n° 431).

455. Il se présente une difficulté dans l'application de ces principes; elle a été prévue par Casaregis, et son opinion est suivie par M. Massé et par les jurisconsultes italiens. Un commerçant écrit à un commissionnaire de lui acheter

(1) Story, *Conflict of laws*, § 285, p. 330 (7e édit.).
(2) Massé, *Droit commercial*, t. 1er, p. 482, et les autorités qu'il cite Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 138.

une certaine quantité de marchandises et de les lui expédier. Le commissionnaire achète les marchandises d'un tiers, et les expédie à son commettant. Voilà le contrat ordinaire de commission : le contrat, d'abord, entre le commettant et le commissionnaire; puis la vente entre le mandataire et le tiers vendeur. C'est le cas que je viens de supposer (n° 454). Mais il arrive fréquemment que le commissionnaire est lui-même détenteur de marchandises de la nature de celles demandées, et qu'il expédie les siennes propres au commettant, au lieu d'en acheter d'un tiers. Le commissionnaire réunit deux qualités en sa personne, il est mandataire tout ensemble et vendeur : quel est, dans ce cas, le lieu où la vente s'accomplit, et quelle est la loi qui régit le contrat? Casaregis décide que la vente s'est faite au lieu où réside le commissionnaire; c'est, en effet, là que se trouvent les deux parties, le mandataire et le vendeur, parce que le mandataire et le vendeur ne font qu'une seule personne. C'est donc toujours la loi du lieu où réside le mandataire qui régit le contrat (1).

456. Il y a, en matière de commerce, des mandataires spéciaux, ce sont les commis voyageurs. Sont-ils régis par le droit commun? En France, oui, et partant en Belgique, puisque notre législation est la même. Je viens de dire que le code de commerce de l'empire d'Allemagne contient des dispositions spéciales sur les pouvoirs de ces agents. De là un conflit de lois. Un commis voyageur français traite en Allemagne : le tribunal de Leipzig a jugé qu'il fallait suivre la loi du commettant, donc la loi française (n° 452). Faut-il appliquer le même principe au commis voyageur allemand qui traite en France? L'affirmative me paraît certaine, dans l'opinion que j'ai professée sur la loi du mandat. Tout dépend de la volonté du mandant : quels sont les pouvoirs qu'il a entendu donner au commis voyageur? En général, celui-ci a les pouvoirs suffisants pour vendre; lorsqu'il traite avec un acheteur,

(1) Massé, *Droit commercial*, t. 1er, p. 483 (2e édit.), d'après Casaregis, *Discurs*. 38, nos 51 et sqq., et *Discurs*. 179, nos 10 et sqq. Dans le même sens, Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 139; Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 343.

la vente se parfait au lieu où le commis voyageur contracte; on ne prend pas en considération le domicile du commettant. C'est l'application des principes qui régissent le mandat. De là suit que le contrat sera régi par la loi du lieu où le commis a traité au nom de son commettant. Il en serait autrement si le commis voyageur n'était pas autorisé à vendre définitivement; s'il n'était chargé que de recueillir des ordres, pour les transmettre à son patron, on ne pourrait plus dire que le contrat se fait là où le voyageur traite, car il ne traite pas, c'est le commettant qui s'est réservé de traiter, en acceptant ou en refusant les demandes qui lui seraient adressées. Le contrat se fait, dans ce cas, au domicile du mandant, puisque là intervient le consentement du vendeur; c'est aussi la loi de ce lieu qui régira le contrat (1).

457. La ratification du contrat par celui au nom duquel un contrat a été fait donne lieu à des difficultés. On entend par ratification le consentement que donne celui au nom duquel un contrat a été fait sans qu'il ait donné mandat de le faire; il n'a donc pas consenti lors du contrat, il consent seulement au moment où il le ratifie; partant, le contrat n'existe qu'à ce moment, puisque jusque-là il n'y a pas eu concours de volontés. La conséquence en est que le contrat se forme au lieu où la ratification est intervenue; c'est donc la loi de ce lieu qui le régit.

Dans quels cas y a-t-il lieu à ratification? On suppose que le mandataire dépasse son mandat en traitant avec un tiers au nom du mandant; tel serait le commis voyageur qui contracterait des ventes, alors qu'il a seulement le pouvoir de recueillir des offres d'achat. Dès que le mandataire dépasse son pouvoir, il ne représente plus le mandant, donc celui-ci ne consent point; il n'y aura de contrat que lorsque celui qui n'a pas consenti ratifie ce qui a été fait sans son consentement. C'est l'application des principes élémentaires qui régissent le mandat. Il ne faut pas confondre le mandat avec la gestion d'affaires.

(1) Massé. *Droit commercial*, t. Ier, p. 484, n° 582. Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XXVIII, p. 78, n° 72.

Le mandat est un contrat et exige, par conséquent, le concours de volontés pour qu'il existe; si le mandataire agit hors des limites de ses pouvoirs, le mandant n'est pas lié, n'ayant pas consenti. Il en est autrement de la gestion d'affaires. C'est un quasi-contrat, qui se parfait en vertu de la loi, sans concours de volontés; le maître ne consent pas, il ignore qu'un ami se charge de ses affaires et traite en son nom; il ne doit donc pas consentir, pas même par voie de ratification; c'est la loi qui fait naître l'engagement, pour l'avantage du maître; elle suppose que le maître aurait consenti, parce que la gestion lui est utile. On voit que la différence est grande entre le gérant et le mandataire qui dépasse ses pouvoirs. Le mandat étant un contrat ne se forme que si le mandant consent, en ratifiant ce qui a été fait en son nom. Tandis que la gestion d'affaires étant un quasi-contrat n'exige pas que le maître consente; dès lors il n'y a pas lieu pour le maître de ratifier ce que le gérant a fait sans son consentement (1).

De là découlent des conséquences très importantes en ce qui concerne le lieu où le contrat et le quasi-contrat se parfont, et la loi qui les régit. Quand il faut une ratification, le contrat se forme au lieu où elle se donne, et c'est la loi de ce lieu qui le régit. Le quasi-contrat n'exige pas de ratification; il se forme par le fait de la gestion, là où le gérant traite au nom du maître; dès ce moment le quasi-contrat existe (C. Nap., art. 1372 et 1375), et le contrat est parfait par le consentement du gérant; c'est donc la loi du lieu où intervient ce consentement qui régira la convention; la loi du lieu où le maître est domicilié est indifférente, puisqu'il n'est pas appelé à consentir.

458. La solution que j'ai déduite de l'objet de la ratification est controversée. Casaregis enseigne que le contrat est régi par la loi du lieu où le mandataire contracte, parce que la ratification équivaut au mandat, de sorte que le mandant est censé avoir consenti au moment où le mandataire a traité quoique sans pouvoir. Dans cette opinion, on assimile le contrat fait par le mandataire

(1) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 161.

sans pouvoir à celui qui est consenti par le gérant d'affaires (1). Est-il vrai que la ratification équivaut au mandat? C'est l'opinion généralement suivie; les auteurs conviennent que la ratification ne rétroagit pas, en ce qui concerne les tiers; mais ils enseignent qu'entre les parties, le mandant qui ratifie est censé avoir consenti au moment où le mandataire a agi en son nom. J'ai combattu cette opinion dans mes *Principes de droit civil* (t. XXVIII, n° 74). Quand un mandataire agit sans pouvoir, il ne se fait pas de convention; le mandataire n'est pas obligé, parce qu'il n'a pas traité en son nom personnel, on le suppose; et le mandant n'est pas obligé, parce qu'il n'a pas consenti, n'ayant pas donné au mandataire le pouvoir de consentir. Si ensuite le mandant ratifie, quel est l'objet de cette ratification? C'est d'approuver ce que le mandataire a fait, dit-on, comme s'il y avait eu mandat. Il est vrai que le mandant approuve, car ratifier, c'est approuver; mais cette approbation n'est autre chose qu'un consentement; la question est donc de savoir si le consentement rétroagit. Cette rétroactivité serait une fiction, car, de fait, le mandant n'a pas consenti, lors du contrat qu'il ratifie; il consent seulement à l'instant où il donne sa ratification; or, aucune loi n'établit cette fiction, et aucun principe ne la justifie : je ne puis pas avoir manifesté une volonté, à un moment où j'ignorais qu'on traitait en mon nom.

C'est également une erreur d'assimiler le mandat, lorsque le mandant ratifie, à la gestion d'affaires. Le mandat étant un contrat exige nécessairement le consentement du mandant pour qu'il soit lié par le contrat que le mandataire fait en son nom, d'où suit que le contrat n'existe que par la ratification; il se forme là où le mandant ratifie, et c'est la loi de ce lieu qui le régit. La gestion d'affaires est un quasi-contrat, qui exclut le consentement du maître; donc le contrat fait par le gérant existe, et il oblige le maître, sans que celui-ci consente, sans même qu'il sache que l'on a traité en son nom. Le contrat se

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 344, § 249, et les autorités qu'il cite.

passant là où le gérant consent, il s'ensuit que la convention est régie par la loi du lieu où intervient le consentement du gérant.

459. Il importe d'établir des principes certains dans une matière qui prête si facilement à la confusion. Fœlix confond sous le nom de *confirmation* les actes juridiques les plus différents. Il commence par dire qu'il y a des conventions qui ne reçoivent pas leur perfection par le simple consentement des parties contractantes, et qui ont besoin, pour leur validité, de la *confirmation* donnée par une autre personne ou par une autorité publique. Voilà déjà une confusion dans les termes. Le code civil appelle confirmation la renonciation à l'action en nullité qui naît d'un contrat vicié (art. 1338), c'est la partie contractante qui confirme; ce n'est pas un tiers.

Quelle est la loi qui régit la confirmation, telle que Fœlix l'entend? Il faut distinguer, dit-il. Si la confirmation n'ajoute rien à la valeur intrinsèque du contrat, il est régi par la loi du lieu où il a été passé : telle serait la rédaction par écrit d'une convention verbale. Est-ce là une confirmation, je ne dis pas dans le langage du code civil, mais d'après la définition que Fœlix vient d'en donner? Non, car la convention est pleinement valable dès son principe; seulement les parties veulent un écrit pour la preuve; est-ce que la preuve est requise pour la validité du contrat? La question est une hérésie juridique.

Mais, continue Fœlix, si la convention n'a d'effet que par la confirmation, il faut appliquer la loi du lieu où l'acte est confirmé. Il cite, comme exemple, l'homologation que le code civil exige pour la validité de la transaction que le tuteur fait au nom du pupille. J'ai déjà émis un doute sur cette décision (n° 446). Il est certain que ce n'est pas le langage du code civil; ce n'est pas la confirmation de l'article 1338.

M. Massé reproduit la doctrine de Fœlix, sans le citer; il cite Hertius, à qui Fœlix a emprunté sa distinction. Mais il appelle *ratification* ce que Fœlix nomme *confirmation* : nouvelle source de confusion. Après cela il donne comme exemple, d'abord l'homologation dont

Fœlix avait parlé, puis un cas dans lequel il n'y a aucune espèce de ratification ni de confirmation. Je transcris ses paroles, pour que le lecteur puisse juger : « Celui qui *confirme* et *explique*, dans un lieu, un contrat *obscur* qu'il aurait fait dans un autre, et dont l'*obscurité* inspirerait des craintes aux autres parties, n'*ajoutant rien* à l'acte antérieur, qui n'est changé ni dans son essence, ni dans ses effets, la *ratification* ou *confirmation* rétroagit alors au jour et au lieu de l'acte primitif qui reste gouverné par la loi de ce lieu (1). » Si l'*explication* n'ajoute rien à la convention dont elle fixe le sens, ce n'est pas une *ratification* proprement dite, puisque celle-ci suppose que le contrat ratifié n'existait pas encore au moment où elle intervient ; ce n'est pas non plus une *confirmation*, dans le sens du code civil, puisque la convention n'était infectée d'aucun vice. Donc il ne peut pas s'agir d'une loi nouvelle qui régirait soit l'*explication*, soit le *contrat expliqué;* celui-ci reste ce qu'il était ; seulement d'obscur il devient clair ; mais l'explication qui l'éclaircit, émanant des parties, dépend de leur intention et non d'une loi ; qu'est-ce que la loi peut dire de l'obscurité d'un contrat? Et il va sans dire que le contrat primitif, pour mieux dire, le seul contrat qui existe, reste sous l'empire de la loi qui l'a toujours régi. Toutefois il faut y ajouter une restriction, c'est que l'explication que les parties ont donnée de leur convention en fixe le sens ; de sorte que cette interprétation l'emportera sur celle que la *loi du lieu* lui aurait donnée ; car la *loi du lieu* n'est autre chose qu'une *présomption de volonté*, et la volonté étant déclarée, il n'y a plus de motif de recourir à une présomption.

§ III. — *De la loi qui régit les* effets *et les* suites *du contrat.*

N° 1. LE PRINCIPE, D'APRÈS L'OPINION GÉNÉRALE.

460. La distinction entre les *effets* et les *suites* du contrat joue un grand rôle dans la matière des Obliga-

(1) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 486, n° 585 (2e édit.).

tions. On admet généralement que la loi qui les régit est celle du lieu où le contrat est passé. Est-ce aussi cette loi qui régit les *effets* du contrat et les *suites* auxquelles il donne lieu? L'opinion commune distingue entre les *effets* et les *suites*; pour les *effets*, on admet la *loi du lieu*; mais aux *suites* on applique la loi du lieu où ces *suites* se produisent. Je vais exposer la distinction, telle que Fœlix l'a formulée (1).

Il ne faut pas, dit-on, confondre les *effets* des contrats avec les *suites accidentelles* qu'ils peuvent engendrer. Les *effets* dérivent de la nature même de la convention; ce sont les droits et obligations inhérents au contrat, et que les parties ont eus nécessairement en vue en contractant; il n'y a pas à distinguer si les effets ont été prévus expressément ou implicitement, ni s'ils résultent du contrat médiatement ou immédiatement. Par l'expression *suites du contrat*, on comprend les droits ou obligations que la *loi* fait naître à l'*occasion* de l'exécution de la convention. Ce qui distingue les *suites* des *effets*, c'est qu'elles ne sont pas inhérentes au contrat; elles résultent d'*événements postérieurs*, qui surviennent à l'occasion des circonstances dans lesquelles le contrat a placé les parties.

Voici l'intérêt que cette distinction a pour le droit civil international. Les auteurs sont unanimes à enseigner que la loi qui régit le contrat en régit également les *effets*. Cela est d'évidence, puisque en contractant les parties ont voulu les *effets* inhérents au contrat; c'est à raison de ces effets qu'elles ont contracté, la loi qui régit le contrat régit donc nécessairement les effets. Cette loi est avant tout la volonté des contractants, puisque leur volonté est souveraine; quand ils ne se sont pas expliqués, et que leur volonté est douteuse, le législateur ou, à son défaut, le juge présument que les parties ont entendu s'en rapporter à la loi du lieu où elles ont contracté; cette présomption s'applique naturellement aux *effets* des contrats; elle a été admise par nécessité; or, c'est surtout pour les *effets* qu'elle est nécessaire, puisqu'il est rare que les

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 247 et suiv. de la 4e édit.

contractants prévoient les *effets* que doivent avoir leurs conventions.

Quant aux *suites* ou *conséquences accidentelles* d'un contrat, elles sont régies par la loi du lieu où se passent les faits qui constituent les suites et d'où découlent des droits et des obligations. La raison de cette différence entre les *effets* et les *suites*, dit Fœlix, est que les *suites* sont plutôt le résultat des faits postérieurs au contrat que du contrat lui-même. Fœlix ajoute : « En règle générale, les faits dont il s'agit se passent dans le lieu où le contrat reçoit ou doit recevoir son *exécution*; et, en conséquence, la *loi de ce lieu* sera applicable. »

461. La distinction des *effets* et des *suites* est si subtile, qu'elle est presque incompréhensible, si on ne la met en regard des exemples que les auteurs donnent. Je les emprunte à Fœlix. Quels sont les *effets* de la vente? La délivrance de la chose vendue; en droit français, il faut dire la translation de la propriété; il va sans dire que les parties, en vendant et en achetant, veulent transférer la propriété, quand elles traitent en France, puisque le droit français impose au vendeur cette obligation. Le *payement du prix* est encore un effet de la vente; il faudrait dire que, sans prix, il n'y a point de vente; c'est un point sur lequel il ne saurait y avoir un conflit de lois, car il n'y a jamais eu de loi qui ait admis une vente sans prix. Les *actions du vendeur et de l'acheteur*, cela est trop vague, dans la doctrine qui distingue entre les *effets* du contrat et les *suites*, car les *suites* donnent lieu à des actions au profit des deux parties contractantes. Fœlix ajoute : *telles que l'action en garantie;* il s'agit donc d'actions qui naissent du contrat même, qui sont de son essence ou au moins de sa nature. Fœlix cite encore parmi les *effets* de la vente l'action en résolution du contrat. Chacune des parties peut agir en résolution, quand l'autre ne satisfait pas à son engagement : c'est la condition résolutoire tacite qui est sous-entendue dans tous les contrats bilatéraux (C. Nap., art. 1184). Il peut encore y avoir lieu à la résolution en vertu de la volonté des parties contractantes : tel est le pacte de rachat; stipulant la condition, les par-

ties doivent nécessairement en prévoir l'effet, le droit de résolution s'identifie avec la vente, donc c'en est un *effet*. Fœlix met sur la même ligne la rescision de la vente pour cause de lésion. Son commentateur, M. Demangeat, a raison de dire que c'est une erreur ; la lésion est une cause de rescision, c'est-à-dire de nullité ; elle vicie le consentement, et partant elle tient à un tout autre ordre d'idées que les *effets* du contrat. Quand on demande quels sont les effets d'un contrat, on suppose qu'il est valable ; tandis que, en cas de lésion, il est nul ; il faut donc appliquer la loi qui régit les vices du consentement ; c'est, à mon avis, la loi personnelle des parties contractantes. J'y reviendrai.

Fœlix range encore parmi les *effets* de la vente, l'obligation pour le vendeur de supporter le risque de la chose, quand elle périt pendant sa demeure. Demangeat ajoute qu'il en faut dire autant de la perte de la chose par cas fortuit, l'acheteur supportant le risque comme créancier dans les obligations pures et simples ; par contre, les risques sont pour le débiteur dans les obligations conditionnelles. Ce sont des *effets* de la vente, parce qu'ils sont prévus, et qu'ils découlent de la nature du contrat ; cependant il importe de noter que les risques résultent d'un fait postérieur à la vente, et purement accidentel.

Fœlix donne ensuite des exemples empruntés au contrat de louage. La récolte entière est détruite par un accident de la nature ; le bailleur supporte la perte, en ce sens qu'il doit subir la réduction du fermage : c'est un effet du contrat, dit Fœlix, sans motiver sa décision ; probablement parce que l'obligation résulte de la nature du bail, ce qui est très contestable. Il en est de même du point de savoir si l'acquéreur doit entretenir le bail fait par le vendeur : peut-on dire que cette obligation résulte de la nature du bail, alors qu'elle en modifie la nature, à tel point que Troplong a pu soutenir que le droit du preneur était un droit réel ?

La question des *effets* du contrat soulève encore une difficulté, dans le prêt à intérêt. Ces intérêts sont-ils dus et à quel taux ? Je reviendrai sur la question ; ici je me

borne à noter que Demangeat n'adopte l'opinion de Fœlix qu'avec une restriction.

La nature de l'obligation est un *effet* du contrat, elle dépend essentiellement de la volonté des parties contractantes : l'obligation est-elle à terme ou conditionnelle? est-elle solidaire ou non? divisible ou non? Ce sont les parties qui décident en souveraines, et elles le font naturellement au moment même où le contrat intervient. Il en faut dire autant de la question de savoir si l'obligation est naturelle ou civile.

462. Quelles sont les *suites* des contrats? Parmi les suites ou conséquences accidentelles des contrats, on range les résultats qu'aura la négligence, la faute, ou la demeure dans l'exécution, et les dommages-intérêts dus en conséquence; la confirmation d'un contrat nul, ainsi que le mode d'exécution d'un contrat. Fœlix cite encore la restitution en entier, que nos lois ne connaissent point, et l'obligation d'exécuter le remploi en cas de remboursement des capitaux substitués. Ce dernier exemple est emprunté aux donations et testaments; si on le laisse de côté, il restera très peu d'applications de la théorie des *suites*. Toutefois elle a son importance pratique, la faute, la demeure et les dommages-intérêts étant une matière usuelle.

463. Cette distinction est admise par les jurisconsultes italiens qui ont écrit sur le droit international privé; Rocco l'a très bien développée (1), Esperson et Lomonaco la suivent (2), ainsi que M. Massé, dans son Cours de droit commercial (3). Le seul auteur allemand qui ait écrit un ouvrage *ex professo* sur le droit international privé, Bar la rejette (4), ainsi que le jurisconsulte hollandais Asser, dans son excellent Manuel (5). Je me suis rangé à cet avis dans les motifs de l'avant-projet de révision du code civil. J'emprunte à cet exposé des motifs les développements que je vais donner.

(1) Rocco, *Delle leggi delle due Sicilie*, livre III, chap. VIII et IX.
(2) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 146, n° 39. Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 159 et suiv.
(3) Massé, t. 1er, p. 498, nos 598 et 599 (2e édit.).
(4) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 231.
(5) Asser, *Het internationaal Privaatregt*, p. 59, suiv.

La distinction des *effets* et des *suites* qui résultent des contrats est empruntée à la doctrine que Blondeau, Meyer et Merlin enseignent sur la non-rétroactivité des lois (1). « On convient généralement, dit Merlin, que tandis que les *effets* proprement dits d'un contrat sont toujours régis par la loi du temps où les parties se sont engagées, leurs *suites* sont invariablement soumises à la loi du temps où elles ont lieu. » Par analogie, on en dit autant de la loi qui régit les *effets* et les *suites*, en matière de droit civil international. Les effets dérivant nécessairement des contrats, ils ont dû entrer dans la considération des parties; et comme celles-ci sont censées s'en rapporter à la loi du lieu où elles traitent, elles sont, par cela même, régies par cette loi en tout ce qui concerne les *effets* de leurs conventions; tandis que les suites ne se produisant qu'à l'occasion des contrats, les parties n'ont pu les prévoir, ni par conséquent se soumettre à la loi du lieu où elles contractent, en ce qui concerne ces suites; il faut, par conséquent, appliquer la loi du lieu où les faits se passent.

Merlin avoue qu'il est difficile de bien préciser ce que l'on doit entendre par les *suites* d'un contrat, et comment on peut les discerner d'avec ses *effets*: « Ce que nous appelons, avec M. Blondeau, *effets* et *suites*, M. Meyer l'appelle *suites immédiates et nécessaires*, et *suites* ou conséquences *accidentelles* et *éloignées*. » On voit que le langage des deux auteurs diffère, ce qui implique déjà une incertitude; pour Meyer, tout est *suite*, seulement il y a des suites plus ou moins éloignées. Cela suffit-il pour qu'elles soient régies par des lois différentes? Fœlix a emprunté à Meyer la définition qu'il donne des *suites*; et néanmoins il diffère de lui dans les applications qu'il fait de la distinction à la vente : l'auteur français place la rescision pour cause de lésion parmi les *effets* de la vente, tandis que le jurisconsulte hollandais dit que la rescision n'est qu'une conséquence accidentelle et éloignée du contrat, parce qu'elle n'est pas inhérente à la vente, laquelle peut recevoir sa pleine et entière exécution, sans qu'il soit

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 273, n° 207.

question de lésion. Merlin, au contraire, dit que cet exemple est mal choisi; il croit que l'action en rescision a sa cause dans le contrat même auquel elle est inhérente, et qu'elle rend, dès son principe, passible de rescision. Voilà un désaccord complet, entre les auteurs de la théorie, sur une application très simple; quand Merlin et Meyer ne parviennent pas à préciser ce qui est un *effet* et ce qui est une *suite* dans la vente, le plus usuel des contrats, comment le juge se tirera-t-il d'embarras?

Merlin ne s'entend pas non plus avec Blondeau. Celui-ci cite, comme exemple des *suites* d'un contrat, l'obligation de souffrir la réduction des fermages en cas de destruction d'une récolte entière. Là-dessus Merlin observe qu'il ne devine pas pourquoi on regarderait cette obligation comme une *suite* et non pas comme un *effet* du contrat de bail. Blondeau voit encore une *suite* de la vente dans l'obligation de supporter la perte de la chose, lorsque le vendeur est en demeure de la livrer. Merlin conteste; il ne lui paraît pas que cette obligation puisse être rangée parmi les *simples suites* du contrat; il croit, au contraire, qu'elle est l'effet immédiat de l'obligation que le vendeur contracte par le contrat même (1).

464. Quand les princes de la science établissent une théorie sans pouvoir l'appliquer, cette théorie doit être fausse. A mon avis, les parties peuvent et doivent prévoir les *suites* aussi bien que les *effets*, ce qui ruine la distinction, dans son fondement. Je prends comme exemple des *suites accidentelles* les conséquences de la faute et de la demeure, c'est-à-dire l'obligation de payer des dommages-intérêts. Peut-on croire que l'inexécution des contrats n'entre pas dans les prévisions des parties? Tous les jours, elles stipulent des peines ou des dommages-intérêts en cas d'inexécution des engagements qu'elles contractent; donc elles y songent, et rien n'est plus naturel que d'y penser. Le droit du créancier consiste à demander l'exécution de l'obligation, et des dommages-intérêts en cas d'inexécution; il ne peut penser à l'exécution sans pré-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § III, art. IV (t. X, p. 55 de l'édition de Bruxelles).

voir en même temps l'inexécution. Les deux ordres d'idées sont inséparables.

Cela est si vrai que les mêmes articles du code civil qui déterminent les obligations du débiteur règlent aussi les dommages-intérêts dont il sera tenu s'il ne les remplit pas. Le débiteur s'oblige à *donner* ou à *faire*. Que dit le code Napoléon? L'article 1136 dispose dans un même contexte que « l'obligation de *donner* emporte celle de *livrer* la chose et de la *conserver* jusqu'à la livraison, à peine de *dommages-intérêts* envers le créancier » ; et l'article 1142 porte que « l'obligation de *faire* se résout en *dommages-intérêts* en cas d'*inexécution de la part du débiteur* ». Puis vient l'article 1152, qui prévoit le cas où « les parties conviennent que celle qui *manquera d'exécuter son obligation* payera une certaine somme à titre de *dommages-intérêts* ». Cette clause est si usuelle que le législateur a cru devoir en déterminer l'effet. Le code civil contient une section entière sur la clause pénale, et le premier article (1226) définit la clause pénale celle par laquelle une personne, pour *assurer l'exécution* d'une convention, s'engage à *quelque chose* en cas d'*inexécution*; puis l'article 1229 ajoute : « La *clause pénale* est la compensation des *dommages-intérêts* que le créancier souffre de l'*inexécution de l'obligation principale.* » Pour que le code place la clause pénale parmi celles qui règlent la *nature* des obligations, soit conditionnelles, à terme, solidaires, divisibles, il faut bien qu'elle tienne aussi à la *nature* du *contrat* d'où elle découle. Or, dans la théorie même que je combats, la *nature* de l'obligation est rangée parmi les *effets* des contrats, tandis qu'elle place parmi les *suites* les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution. La théorie est donc contradictoire dans les termes.

465. Il faut entendre Rocco, un des meilleurs jurisconsultes qui ont écrit sur le droit international privé. Le légiste napolitain explique parfaitement la nature des *effets* qui découlent d'une convention : ce sont des conséquences tellement essentielles du contrat que, sans ces *effets*, le contrat n'existerait pas. Cela est certain, en cas de vente, de l'obligation de délivrer la chose, ou d'en

transférer la propriété, et de l'obligation d'en payer le prix. Mais cela est-il aussi vrai de la condition résolutoire tacite (C. Nap., art. 1184)? Rocco et Fœlix le disent. Cependant, en droit romain, la condition résolutoire n'était pas sous-entendue dans les contrats bilatéraux, pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à son obligation; les contractants devaient la stipuler; donc on ne peut pas dire qu'elle découle de la nature du contrat synallagmatique. Puis ne pourrait-on pas dire de l'inexécution de l'obligation ce que Rocco et Fœlix disent des *suites?* N'est-ce pas un fait postérieur au contrat, fait qui est aussi une faute? Si la *faute* avec la conséquence des *dommages-intérêts* est une *suite*, n'en faut-il pas dire autant de la *faute* donnant lieu à la *résolution* avec *dommages-intérêts?* Se peut-il que la faute soit une *suite* dans un cas et un *effet* dans l'autre?

Je suis Rocco pas à pas dans ses déductions, parce que je ne suis pas sûr de mon opinion, tant que j'ai contre moi l'avis du jurisconsulte napolitain; il faut que je lui réponde, ou que j'abandonne mon sentiment comme une erreur. Rocco range la rescision pour cause de lésion parmi les *effets* de la vente, comme avait fait Merlin, en combattant Blondeau. Le conflit entre les auteurs de la distinction en affaiblit déjà l'autorité. Peut-on appliquer à la *rescision* ce que Rocco dit des *effets*, que sans les effets ce contrat n'existerait point? La rescision pour lésion est contraire à l'essence de la vente, contraire aux vrais principes; cela a été démontré jusqu'à l'évidence au conseil d'Etat; si néanmoins le conseil a admis la rescision, cela est dû à l'insistance que le premier consul a mise à la défendre : à mon avis, et c'était aussi celui de mon regretté collègue, M. Allard, la rescision pour cause de lésion doit disparaître du code. C'est donc, non un *effet* nécessaire du contrat, sans lequel il n'y aurait pas de vente, c'est plutôt une *suite accidentelle*, en ce sens qu'elle peut exister ou ne pas exister, sans que la nature de la vente en soit altérée.

En parlant des *effets* du contrat, Rocco dit très bien que la *volonté* des parties est *une*, qu'il faut par consé-

quent qu'*une seule loi* en règle les effets : sinon il pourrait arriver que, tel effet se produisant à l'étranger, on appliquerait à un même contrat des lois différentes, la loi du lieu où il a été fait et la loi ou les lois du pays où se produisent les effets ; et comme ces lois sont toutes présumées être la volonté des parties contractantes, celles-ci auraient des volontés contradictoires, suivant les lois diverses qui régiraient les divers effets de leurs conventions. L'argument est excellent; mais ne reçoit-il pas son application aux *suites* aussi bien qu'aux *effets?* Qu'importe que les *suites* ne soient pas des conséquences nécessaires du contrat? Elles s'y rattachent néanmoins, puisque, sans le contrat, elles ne se seraient pas produites; dès lors l'unité du contrat doit être maintenue, or, elle ne le sera point, et la volonté des parties sera déchirée et contradictoire, puisqu'il y aura des *suites* qui seront régies par des lois différentes et contradictoires.

Est-il bien certain que les parties ne pensent pas aux conséquences occasionnelles que l'on nomme *suites* du contrat? Il est vrai que ces suites peuvent arriver, et elles peuvent aussi ne pas arriver; mais cela est aussi vrai des effets. La résolution, en cas de non-exécution des engagements de la part de l'une des parties, est rangée parmi les *effets* par Merlin, contrairement à l'opinion de Meyer; est-ce que par hasard il arrive habituellement que les contrats ne soient pas exécutés et qu'il y ait lieu à la résolution? Certes, il faut répondre comme Rocco le fait pour les suites : cela peut être, cela peut ne pas être. Donc ce qu'il appelle un *effet* serait une *suite!* Aussi Rocco est-il beaucoup plus réservé que les auteurs qui affirment en termes absolus que les parties ne pensent pas aux suites; il dit que *d'ordinaire* elles n'y pensent pas; donc elles y pensent, et n'en serait-il pas de même des *effets?* Est-ce que les parties pensent toujours à la résolution pour inexécution des engagements? Si elles la prévoyaient comme une suite nécessaire, elles ne traiteraient pas. Il y a même des parties qui ne peuvent guère y penser, ce sont les étrangers qui figurent à une vente en France; si leurs lois personnelles n'admettent point la condition résolutoire

transférer la pro
prix. Mais ce
toire tacite
disent. Cep
toire n'ét
raux, pc
son obl
on ne
trat
l'in
di
t

tacite, comment penseraient-elles à une résolution que le plus souvent elles ignorent? C'est l'argument que Bar fait valoir contre la loi du lieu du contrat : on y soumet des contractants qui ne savent ce que c'est que la condition résolutoire tacite, et cependant on les y soumet, parce qu'ils sont présumés l'adopter! Cela est contradictoire dans les termes, et il est tout aussi contradictoire d'affirmer que les parties pensent à telle suite et ne pensent pas à telle autre. Elles pensent à la résolution, suite de la non-exécution, c'est-à-dire d'une faute, et elles ne pensent pas à la faute, source de dommages-intérêts! Et il s'agit cependant d'un seul et même fait juridique, la faute!

Un prêt se fait à Naples, dit Rocco, et la restitution de la chose prêtée doit se faire dans le Danemark; l'emprunteur est en demeure de remplir son obligation. La demeure sera-t-elle régie par le code napolitain, ou par la loi danoise? Rocco se prononce pour la loi étrangère, parce que la demeure est une suite très éloignée de la convention, il n'y a que les suites prochaines qui soient des effets. Voilà une subtilité qu'il faut laisser aux théologiens : c'est de la casuistique, et le droit doit être l'expression de la vie réelle. Rocco continue et se demande quelle loi il faut appliquer si la restitution ne peut pas se faire? Il se prononce pour la loi du lieu où la restitution aurait dû se faire. Le législateur lui-même le dit. Les articles 1902 et 1903 portent : « L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu. S'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire, il est tenu d'en payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la chose devait être vendue d'après la convention. Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le payement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait. » On aurait tort de considérer ces dispositions comme une application d'une théorie qui n'était pas formulée à l'époque où le code civil a été discuté : le législateur interprète l'intention des parties contractantes, et c'est d'après leur volonté qu'il décide quel est le lieu qu'il faut prendre en considération : tantôt le lieu où la restitution doit se faire et tantôt le lieu où le contrat s'est

passé. C'est le vrai principe, tel qu'il a été formulé, dès le seizième siècle, par le plus profond de nos jurisconsultes, Ch. Dumoulin; les articles que je viens de transcrire l'appliquent à un cas particulier. On ne peut les invoquer, ni pour, ni contre la doctrine que je discute, puisque cette doctrine était inconnue aux auteurs du code civil (1).

Je ne veux pas quitter le jurisconsulte napolitain dans ces mauvais termes, mauvais en apparence seulement; et ils seraient également trop sévères pour les célèbres jurisconsultes dont il a si bien développé l'opinion, le Hollandais Meyer, le Belge Blondeau, et le plus grand de tous, Merlin. Il y a une idée juste dans ce qu'ils disent des *suites occasionnelles* des contrats; seulement, à mon avis, ils l'ont étendue trop loin. Dès que les *suites* se rattachent au contrat, quelque éloigné que soit le rapport, c'est la loi du contrat qui les gouverne; peu importe que les parties n'y aient pas pensé et ne les aient pas prévues, il suffit qu'elles aient pu y penser et les prévoir, pour que le statut qui les régit soit celui du contrat. Rocco en donne une raison péremptoire que je n'ai pas rencontrée ailleurs, c'est l'unité du contrat : qu'importe que ce soit une *suite éloignée* ou une *conséquence prochaine?* Il suffit que la suite se rattache au contrat, pour qu'elle soit soumise à la loi du contrat. Mais il y a des suites qui sont absolument indépendantes de la convention; j'en trouve un exemple dans l'article 1890 : « Si, pendant la durée du prêt (à usage), l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense *extraordinaire, nécessaire* et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser. » Voilà un fait auquel les parties n'ont pas pu songer lors du contrat; et ce fait n'a rien de commun avec le contrat, car ce n'est pas en vertu du prêt que l'emprunteur a une action; son droit est fondé sur la maxime d'équité qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui. Par la même raison, le déposant est tenu de rembourser au dépositaire les dépenses qu'il a faites pour la conservation

(1) Rocco, *Delle leggi delle due Sicilie*, p. 328 et suiv. (ch. VII et VIII).

de la chose. S'il y a une suite occasionnelle, sans rapport avec le contrat, ce n'est plus la loi du contrat qui doit la régir; on ne peut plus dire que c'est rompre l'unité du contrat, puisque la convention est hors de cause; on appliquera la loi du lieu où s'est passé le fait accidentel qui a donné lieu à l'action.

N° 2. APPLICATION DU PRINCIPE A LA CONFIRMATION.

166. Est-il vrai, comme le dit Fœlix, que la confirmation soit une *suite* du contrat, dans la théorie qui distingue les suites et les effets des contrats; de sorte qu'elle serait régie, non par la loi du contrat, mais par la loi du lieu où la confirmation se ferait? Le code civil confond des faits essentiellement différents, la confirmation et la ratification, et il confond encore le fait juridique de la confirmation avec l'acte confirmatif, c'est-à-dire avec l'écrit destiné à constater la confirmation. Cette confusion a passé de la loi dans la doctrine et dans la jurisprudence, et elle embrouille la question de savoir quelle est la loi qui régit la confirmation. Il faut avant tout rétablir la réalité des choses, en distinguant ce que les auteurs du code civil ont confondu.

Il y a lieu à ratification (n° 457) quand un tiers sans mandat ni gestion d'affaires a agi en notre nom. Voilà le sens propre du mot, et ainsi entendue la ratification n'a rien de commun avec la confirmation. La ratification est un consentement qui intervient après que le tiers a traité, sans pouvoir aucun; c'est en vertu de ce consentement que le contrat se forme, jusque-là il n'y avait aucune convention; partant, il faut dire, dans la théorie de la *loi du lieu*, que la loi du lieu où la ratification se donne gouverne le contrat. La confirmation, au contraire, suppose un contrat existant qui est entaché d'un vice; ce vice le rend nul, c'est-à-dire annulable, mais cela n'empêche pas le contrat d'avoir une existence légale et de produire tous ses effets, tant qu'il n'a pas été annulé par le juge; il suffit que la partie qui avait le droit d'agir en nullité reste dix ans sans agir, pour qu'il y ait confirmation, et, par suite,

pour que l'acte soit entièrement valable, comme s'il n'avait jamais été infecté d'un vice. Quand on ratifie un contrat, il n'y a pas de vice, pas d'action en nullité; c'est un contrat nouveau qui se forme par le consentement de celui qui, jusque-là, n'avait point consenti. Il en est tout autrement dans la confirmation; il y a un contrat, celui qui confirme a consenti, et son consentement produit ses effets ordinaires, l'action du créancier contre le débiteur; seulement le débiteur qui s'est obligé peut repousser l'action par une exception de nullité, et il peut aussi prendre l'initiative et agir en nullité. S'il renonce au droit qu'il a de demander la nullité de l'obligation qu'il a contractée, cette renonciation est une confirmation. La confirmation ne crée pas un nouveau contrat. Il n'y a rien de nouveau dans le contrat confirmé, disait Dumoulin; c'est toujours l'ancien contrat qui subsiste, mais purgé du vice qui l'entachait. On croit d'ordinaire que le contrat vicié ne devient une convention juridiquement valable que par la confirmation (1). Cela n'est pas exact, c'est confondre la confirmation avec la ratification. Quand je ratifie un contrat auquel je n'avais pas consenti, il se forme un nouveau contrat, il n'y en avait pas avant la ratification. On n'en peut dire autant de la confirmation; le contrat ne se forme pas lorsque le débiteur confirme, il a consenti, et un nouveau consentement n'aurait pas de raison d'être; c'est donc toujours l'ancien contrat qui subsiste.

Il suit de là que la ratification est régie par la loi du lieu où elle se donne, puisque c'est là le *lieu* du *contrat;* tandis que le contrat confirmé est régi par la loi du lieu de sa formation, puisqu'il n'y a toujours qu'un seul contrat régi par la loi sous laquelle il s'est formé. On objecte que la confirmation est une suite du contrat, et, comme telle, régie par la loi du lieu où elle intervient. Sans doute la confirmation est un fait postérieur au contrat, mais est-il vrai que ce soit un fait *accidentel,* en ce sens que les parties n'y aient pas songé en contractant? Voici une confirmation qui se présente assez souvent et qui nous

(1) Asser, *Het internationaal Privaatregt*, p. 60.

apprendra comment les choses se passent dans la vie réelle. Quand un mineur figure dans un contrat, il a le droit d'agir en nullité si les formalités prescrites pour sauvegarder ses intérêts n'ont pas été remplies. Mais les parties contractantes veulent traiter sans observer des formes longues et coûteuses; que font alors les majeurs qui ont un frère mineur? Ils promettent que celui-ci confirmera à sa majorité. Donc les parties pensent à la confirmation dès en contractant.

Le code civil lui-même le suppose. Si les parties laissent passer dix ans sans agir en nullité, la loi présume qu'elles ont renoncé à leur droit, ce qui implique la volonté de ne pas l'exercer. La prescription de dix ans est une confirmation, et elle commence à courir à partir du contrat. Ainsi, au moment même où le contrat se parfait, la partie qui confirme est censée l'approuver, elle songe du moins à le faire si elle connaît le vice. Voilà pourquoi la confirmation rétroagit, de sorte que le contrat est pleinement valable dès le principe, comme s'il n'avait jamais été vicié. Donc la confirmation n'est pas un fait postérieur et accidentel; c'est un fait volontaire, et la volonté remonte au jour du contrat. Pour mieux dire, celui qui fait une convention viciée et, partant, nulle, a voulu traiter sérieusement et malgré le vice, il entend approuver la convention à l'instant où il consent.

Il y a encore une autre confirmation, c'est celle qui se fait par l'*exécution volontaire* du contrat (art. 1338). Pourquoi la loi l'appelle-t-elle volontaire? Parce que la partie qui exécute l'obligation témoigne par là sa volonté de renoncer au droit qu'elle avait de l'attaquer, et cette volonté, elle l'a eue dès en contractant. L'exécution, quoique nécessairement postérieure à la convention, se rattache à l'obligation comme un effet nécessaire, et non comme un effet accidentel et nouveau.

467. Qu'en faut-il conclure? C'est qu'on doit appliquer à la confirmation les principes qui régissent le contrat. Quand on dit que le contrat est régi par la loi du lieu où il se passe, on suppose que la volonté des parties est incertaine; elle l'est parce qu'elles ne l'ont exprimée, ni par

paroles, ni par des faits; la loi présume, dans ce cas, ce que les parties sont censées avoir voulu. C'est donc leur volonté déclarée ou présumée qui régit le contrat. Ce principe s'applique aussi à la confirmation, mais elle a ceci de particulier, que c'est un fait unilatéral; elle dépend uniquement de la volonté de celui qui confirme; la partie qui profite de la confirmation n'y intervient pas, il n'y a pas de nouveau concours de consentement, aucune acceptation n'est requise. Mais il se peut que la volonté soit incertaine; celui qui confirme n'a pas dit ce qu'il veut; alors il faut recourir à une présomption. Quelle est cette présomption? Ici il y a une différence entre la confirmation qui est un fait unilatéral et la convention qui se forme par concours de volontés. Dans les contrats, on applique la loi des parties quand elles ont la même nationalité, et la loi du lieu où le contrat s'est fait, quand elles ont une nationalité différente. Dans la confirmation, une seule partie figure; cela simplifie la présomption; il faut tenir compte uniquement de la volonté et, partant, de la nationalité de celui qui confirme; donc il n'y a pas lieu de recourir à la loi du lieu où la confirmation s'est faite, ni à la loi du lieu où le contrat s'est passé.

Comme j'ai contre moi la doctrine des auteurs, je dois m'arrêter à une objection que l'on pourrait me faire. J'ai supposé que la partie qui confirme avait l'intention de le faire au moment même où elle contracte. N'en faut-il pas conclure que la confirmation est un élément du contrat, et, par conséquent, appliquer la loi qui régit le contrat? Cela aboutirait à décider que lorsque les parties ont une nationalité diverse, la confirmation serait régie par la loi du lieu où les parties ont contracté, tandis que je viens de décider que la confirmation est régie par la loi nationale de celui qui confirme, et non par la loi du lieu où le contrat s'est passé. L'objection ne tient pas compte du caractère essentiel de la confirmation, c'est qu'elle est un fait unilatéral; elle intervient après la formation du contrat, et sans une nouvelle convention; donc on ne peut appliquer la *loi du lieu*, puisque celle-ci suppose deux parties contractantes ayant une nationalité diverse, tandis que

dans la confirmation il n'intervient qu'une partie, ayant une seule nationalité; partant, il faut suivre le statut personnel ou national de la partie qui confirme. J'avoue qu'il en résulte une anomalie. Le contrat confirmé est régi par la loi du lieu où les parties ont contracté, et la confirmation est régie par la loi nationale de l'une des parties, celle qui confirme; il y a donc deux lois différentes pour un seul et même contrat. Cette anomalie tient aux présomptions que le législateur est obligé d'établir dans le silence des parties; il n'y a qu'un moyen de l'éviter, c'est d'obtenir une déclaration de volonté des contractants. Telle est la vraie solution des difficultés que l'on rencontre à chaque pas dans cette matière.

468. Ce n'est pas l'opinion des auteurs. Fœlix enseigne que la confirmation est régie par la loi du lieu où elle intervient. Merlin se prononce aussi dans ce sens; je vais rapporter les motifs qu'il donne; on verra qu'il n'est pas aussi éloigné qu'on pourrait le croire de la solution que je propose. « La confirmation, dit-il, ne peut pas être considérée comme un des éléments dont le contrat primitif s'est composé au moment où il a été formé. Ce contrat y a bien donné l'occasion; mais c'est hors de son contenu exprès ou implicite qu'il faut en chercher le principe : *elle n'a d'autre principe que la volonté de la partie qui confirme.* » Tel est aussi mon principe. Mais Merlin en tire une autre conséquence : c'est que pour apprécier la valeur de la volonté, il faut avoir égard à la loi du lieu où elle se manifeste (1). Cette conclusion tient au système que Merlin professe sur la loi qui régit les contrats en général; il admet que c'est la loi du lieu où la convention est contractée; c'est aussi cette loi qu'il faut appliquer à la confirmation, puisque c'est une manifestation de volonté. A mon avis, *la loi du lieu* n'est qu'une présomption légale, présomption rendue nécessaire à raison de l'incertitude absolue qui règne sur ce que les parties ont voulu, et qui, par conséquent, n'est applicable qu'au cas pour lequel elle a été établie, c'est-à-dire quand les deux parties contrac-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 3, n° 11, et art. 6, n° 2.

tantes appartiennent à des nations diverses. Dans la confirmation, il n'y a pas deux parties, il n'y en a qu'une, celle qui confirme; tout, comme le dit Merlin, dépend de sa volonté. Si cette volonté est douteuse, faut-il suivre la loi du lieu où elle a été manifestée, ou la loi personnelle de celui qui confirme? Les probabilités sont certainement pour la loi personnelle; cela n'est guère douteux quand par loi personnelle on entend la loi nationale. C'est une question de volonté présumée. Or, quelle est la présomption la plus naturelle? C'est demander quelle est la loi que la partie est censée connaître le mieux, sa loi nationale ou la loi du lieu où elle confirme. Cette dernière loi est pour elle une loi étrangère; peut-on supposer qu'elle connaisse mieux une loi étrangère que sa loi nationale? Et en supposant qu'elle connaisse la *loi du lieu*, doit-on présumer qu'elle s'en est rapportée de préférence à la loi étrangère? Cela n'est certes pas dans l'ordre naturel des choses.

Je suis étonné que Rocco ainsi que M. Massé se soient prononcés pour l'opinion de Merlin. La raison qu'ils donnent nous indique la source de l'erreur où ils sont tombés. Rocco dit que la confirmation est un nouveau contrat, et M. Massé s'exprime dans le même sens; je transcris ce qu'il dit : « La confirmation d'un contrat nul ou rescindable n'est pas une *conséquence* ou un *effet* de ce contrat; c'est *en quelque sorte* un *nouveau contrat* que la volonté des parties *substitue* à l'*ancien*, et dont la validité doit être jugée, non d'après les lois du lieu où a été fait le contrat primitif, mais dans celles du lieu où intervient la *ratification* qui lui *succède*. Il suit de là que les effets de la *ratification* sont, dans ce cas, réglés par la loi du lieu où a été *conclu* l'*acte ratifié*, puisqu'il s'agit d'une *convention nouvelle* qui ne se réfère à la convention antérieure que pour en reconnaître le vice et la nullité (1) ». M. Massé commence par hésiter : la confirmation, dit-il, est en *quelque sorte* une *convention nouvelle*. Puis il affirme que

(1) Rocco, *Delle leggi delle due Sicilie*, p. 361 et 362. Massé, *Le Droit commercial*, t. Ier, p. 487, n° 586 (2e édit.). Comparez Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 169.

c'est une nouvelle convention; en se servant de termes qui indiquent une novation : les parties *substituent* à l'ancienne obligation une obligation nouvelle qu'elles concluent là où elles ratifient l'acte. Ce n'est pas ainsi que les choses se passent. La confirmation est une renonciation à l'action en nullité. Qui renonce? Celui qui avait le droit d'agir. Pourquoi l'autre partie interviendrait-elle? Elle ne renonce à rien, et elle ne stipule rien. Aussi le code civil ne fait-il pas mention de la partie qui ne confirme pas dans les conditions qu'il exige pour la validité de l'acte confirmatif; c'est le confirmant seul qui y figure. C'est bien là ce que dit Merlin : la confirmation dépend de la volonté seule de celui qui confirme (1).

469. Le code civil traite de la confirmation sous le nom d'acte confirmatif, et l'article 1338 est placé au chapitre des Preuves. C'est une confusion du fait juridique de la confirmation avec la preuve littérale de ce fait. On pourrait conclure de l'article 1338 que la confirmation doit se faire par écrit, et dans les formes que la loi prescrit. Ce serait une nouvelle erreur que le texte même de la loi condamne, puisque le code admet la confirmation tacite, ce qui exclut toute idée d'un contrat solennel. L'écrit que les parties dressent de la confirmation ne concerne que la preuve; de là suit qu'il faut appliquer à l'écrit la loi du lieu où il est dressé, par application du principe *Locus regit actum*. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point. Il en résulte, comme le dit M. Massé, que si une convention nulle contractée en France était confirmée en pays étranger, l'acte ferait preuve de la confirmation s'il était rédigé conformément à la loi du pays où il est dressé, quand même ces formes ne seraient pas celles de l'article 1338 (2).

Il y a encore une remarque à faire sur l'assimilation que le code civil fait de la confirmation et de la ratification : ce langage n'est pas exact, et l'inexactitude du langage conduit fatalement à l'erreur. On a conclu des termes

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XVIII, p. 568 et 586.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 487, n° 587 (2e édit.). Rocco, *Delle leggi delle due Sicilie*, p. 359.

de l'article 1338 que la ratification d'un contrat fait par un mandataire sans pouvoir suffisant devait être rédigée dans les formes de la confirmation. L'erreur est évidente; il suffit de lire l'article 1338 pour s'en convaincre. Je n'y insiste pas, parce que, dans le droit civil international, la forme de l'écrit dépend toujours de la loi du lieu où il est reçu, et, dans mon opinion, cette forme est obligatoire: alors même que l'on permettrait à celui qui ratifie de suivre la forme de sa loi nationale, l'article 1338 ne serait pas applicable, puisque, dans cette disposition, la loi entend par ratification la confirmation d'un acte nul, et non le consentement donné à une convention faite sans le consentement de celui qui consent ensuite en ratifiant (1).

470. Par quelle loi est régie la capacité de celui qui confirme? Confirmer, c'est renoncer au droit de demander la nullité de la convention qui fait l'objet de la confirmation; c'est donc disposer, partant, il faut être capable de disposer. La capacité dépend du statut personnel, c'est-à-dire de la loi nationale, dans le système du code Napoléon. Si un Français confirme en pays étranger un contrat qu'il y a fait, sa capacité sera déterminée, non par la loi du lieu où il a confirmé, mais par la loi française. Il y a une différence capitale entre la loi qui régit la capacité et celle qui régit la confirmation. La première forme un statut personnel, et ce statut ne dépend en rien de l'autonomie; la capacité est réglée par le législateur, elle est d'ordre public; les particuliers n'y peuvent jamais déroger. Tandis que la loi qui régit les contrats n'est pas un statut proprement dit; le statut est une loi qui s'impose aux parties intéressées, et, en matière de conventions, tout dépend de l'autonomie des contractants. Alors même que le législateur établit des présomptions, il le fait en présumant la volonté des parties intéressées, et celles-ci peuvent toujours écarter les présomptions légales en déclarant elles-mêmes quelle est leur volonté.

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XVIII, p. 564 et suiv.

N° 3. APPLICATION DU PRINCIPE A LA RESCISION, A LA RÉVOCATION, A LA RÉSOLUTION ET A LA RÉDUCTION.

471. Je passe à une seconde application que l'on fait de la distinction entre les *effets directs* et les *suites accidentelles* des contrats. Fœlix dit qu'on doit l'appliquer aux actions en rescision, résolution, révocation ou réduction. Il faut donc distinguer. Si ces actions ont leur *racine* dans le *contrat* même, on doit les assimiler aux *effets* des conventions, et, par conséquent, le juge appliquera la loi du lieu où le contrat s'est passé. Merlin établit le principe en ces termes : « Les vices du contrat sont inhérents au contrat même, parce qu'ils en font essentiellement partie; les contractants ont été avertis, par la loi qui présidait à leur traité, des vices qu'il renfermait, et ils ne l'ont souscrit que sous la réserve tacite de la faculté qu'elle leur accordait à l'un et à l'autre ou à l'un d'eux seulement de le faire annuler ou rescinder (1). » Je doute fort que telle soit l'intention des parties contractantes. Conçoit-on que deux personnes traitent en disant ou en sous-entendant : « Je sais que le contrat que je fais est nul, et je me réserve le droit d'en demander la nullité, à l'instant même ou quand cela me conviendra. » Une pareille convention serait ou peu sérieuse ou immorale, et la loi ne peut pas supposer aux parties l'intention de faire une mauvaise plaisanterie ou une chose immorale. J'ai déjà dit qu'à mon avis les parties qui font un contrat nul, quand elles connaissent la cause de la nullité, ont une autre intention : c'est que, traitant sérieusement, elles n'entendent pas se prévaloir des vices qui entachent leur convention ; la loi présume qu'elles veulent les effacer, et cette volonté a effet dès l'instant où le contrat est formé, car, dès ce moment, court la prescription de dix ans, fondée sur une renonciation tacite. Si l'on admet cette interprétation, plus naturelle et plus morale, il est vrai de dire, comme le fait Merlin, que les vices qui rendent le contrat nul s'identifient avec le contrat, partant, l'action en nullité doit être régie par la loi qui gouverne le contrat.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 5 et 7.

Dans cette première hypothèse, il n'y a pas de doute. De quelque manière que l'on interprète l'intention des contractants, il est certain que l'action en nullité est un effet direct du vice qui rend le contrat nul. Il en faut dire autant des causes de résolution ou de révocation, quand elles sont inhérentes au contrat : telle serait une condition résolutoire insérée au contrat, donc par la volonté des parties contractantes.

472. Que faut-il dire si les actions en rescision, résolution, révocation ou réduction sont basées sur des causes survenues postérieurement au contrat et dépendantes de la volonté du défendeur? C'est en ces termes que Fœlix pose la question et il répond que, dans ce cas, il s'agit de *suites accidentelles* du contrat, lesquelles sont régies par la loi du pays où le fait se passe. Fœlix, comme cela arrive parfois aux légistes, s'est laissé entraîner par une idée systématique, qu'il applique logiquement, sans réfléchir que les hypothèses qu'il a en vue ne peuvent pas se présenter. Cela est certain pour les causes de nullité et de rescision. Les vices, comme Merlin le dit, sont inhérents au contrat et en font une partie essentielle ; dès lors on ne conçoit pas un vice qui se produit postérieurement au contrat par un fait accidentel. Cela est juridiquement impossible. Le seul vice pour lequel il pourrait y avoir une apparence de doute, c'est la lésion; eh bien, la loi prend soin de dire que la lésion doit avoir existé lors du contrat, et que, partant, on estime les objets suivant leur valeur à cette époque (C. Nap., art. 890 et 1675).

Pour les causes de résolution, cela me paraît tout aussi évident. La résolution dépend d'une condition résolutoire expresse ou tacite. Quand la condition est expresse, il n'y a aucun doute, puisqu'elle est écrite au contrat et elle en détermine l'effet, selon qu'elle se réalise ou qu'elle ne se réalise pas. La condition résolutoire tacite est sous-entendue dans les contrats bilatéraux pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à son engagement (C. Nap., art. 1184). Si elle est sous-entendue dans le contrat, il faut dire qu'elle en est une partie essentielle, tout comme la condition expresse, et elle est voulue par les parties,

qui jadis l'inséraient régulièrement dans leurs conventions, sous forme de pacte commissoire ; le pacte n'a pas changé de nature, parce que le législateur l'a écrit dans la loi. Objectera-t-on que la condition résolutoire expresse opère de plein droit, tandis que la résolution doit être demandée en justice, quand il y a condition résolutoire tacite? Je réponds que cette différence ne concerne que la manière dont l'effet se produit, mais la cause est la même, la volonté des parties, et l'effet est identique, quand la résolution est prononcée par le juge.

Dira-t-on que l'inexécution de l'obligation est un fait non prévu, accidentel, qui se produit postérieurement au contrat? La réponse est simple et je la crois péremptoire. Il n'est pas exact de dire que les parties contractantes ne prévoient pas l'inexécution de l'obligation ; c'est, au contraire, sur leur intention tacite qu'est fondée la disposition du code civil qui sous-entend, dans ce cas, la condition résolutoire. Dans l'ancien droit, les parties ne pouvaient pas demander la résolution en cas d'inexécution, sauf en vertu d'une clause du contrat; cette clause, appelée pacte commissoire, étant devenue de style, le législateur l'a écrite dans le contrat, ce qui dispense les parties de la stipuler. Il suit de là que la résolution du contrat dépend, non d'un fait accidentel et postérieur au contrat, mais de la volonté que les parties ont en traitant; donc il ne faut pas suivre la loi du lieu où le fait se passe ; c'est la volonté des parties et, s'il y a lieu, la présomption légale qui détermine la résolution.

473. Fœlix cite comme exemple d'une résolution qui a lieu en vertu d'un fait postérieur au contrat le cas prévu par l'article 1686 du code Napoléon. Je n'hésite pas à dire que c'est une erreur. Le code suppose qu'il a été stipulé, lors de la vente d'un immeuble que, faute de payement du prix dans le terme convenu, la vente sera résolue de plein droit. C'est l'ancien pacte commissoire, donc la résolution se fait en vertu de la volonté des parties contractantes exprimée dans le contrat même : c'est une loi de la vente. Par quelle illusion Fœlix peut-il considérer comme un *fait postérieur au contrat* une condition réso-

lutoire qui, aux termes de la loi, *est stipulée lors du contrat*, et constitue, par conséquent, un élément essentiel de la convention (1)? L'article 1656 ajoute que l'acquéreur peut, malgré le pacte commissoire, payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation; après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de délai. Est-ce par hasard cette *sommation* que Fœlix considère comme un fait postérieur au contrat? Ce serait mal interpréter la loi. Le pacte commissoire, à la différence de la condition résolutoire expresse, ne résout pas le contrat de plein droit; il faut une manifestation de volonté de la partie qui a droit à la résolution; la raison en est qu'elle a encore un autre droit, celui de demander l'exécution du contrat; elle doit donc opter, c'est cette option qui se fait par une *sommation*. D'après les principes généraux, une déclaration quelconque de volonté devrait suffire; si le code exige une sommation, c'est sans doute parce qu'il s'agit d'une vente d'immeubles; dans un contrat aussi important, la loi ne veut pas qu'il reste un doute sur le point de savoir si la vente sera ou non résolue. Toujours est-il que la sommation n'est pas un fait postérieur et accidentel d'où dépend la résolution, celle-ci a son principe dans le pacte commissoire, lequel est écrit au contrat; la sommation est un effet direct de cette clause, donc du contrat lui-même.

En définitive, l'article 1656 est l'application des principes qui régissent la condition résolutoire tacite de l'article 1184, quand les parties inscrivent cette condition dans la vente, en ajoutant que, faute de payer le prix, le contrat sera résolu de plein droit. Donc la résolution se fait en vertu de leur volonté, ce qui est décisif dans notre débat; tout ce que les parties veulent en vertu du contrat est un effet direct de ce contrat, dans la théorie que je combats; et il est contradictoire de considérer comme une *suite* accidentelle et *imprévue* de la vente une résolution qui a été voulue par les parties et qui est inscrite au contrat.

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 258, n° 112.

474. Fœlix cite encore, comme exemple de la résolution d'un contrat en vertu d'un fait postérieur, le cas où le débiteur d'une rente perpétuelle cesse pendant deux ans de payer les arrérages (C. Nap., art. 1912). A mon avis, c'est une erreur. Fœlix s'appuie sur l'autorité de Merlin, dans sa théorie des *effets* et des *suites*. Il importe de remarquer que Merlin établit cette distinction, à la suite de Blondeau et de Meyer, dans la matière de la non-rétroactivité des lois; c'est par analogie qu'on l'étend à la question de savoir quelle est la loi qui régit les conventions; or, l'argumentation par analogie est très chanceuse dans l'espèce, d'autant plus que, même en ce qui concerne la rétroactivité des lois, la doctrine qui distingue entre les effets et les suites est très contestable; il est certain que ceux qui l'ont proposée ne s'entendent pas entre eux. Si je me permets de récuser l'autorité de Merlin, c'est que j'ai pour moi une plus grande autorité, celle de la loi. Je crois avoir démontré, dans mes *Principes de droit civil*, que l'article 1912 ne prévoit pas un cas de résolution du contrat de rente, par application de la condition résolutoire tacite établie par l'article 1184 (1). En effet, l'article 1912 ne dit pas que le contrat de rente est résolu quand le débiteur reste deux ans sans payer les arrérages; le seul effet que le code civil attache à l'inexécution de ses engagements, c'est qu'il perd le bénéfice du terme. Ainsi Fœlix allègue comme un cas de résolution un article qui, en réalité, prévoit la déchéance du terme, par application du principe consacré par l'article 1188. L'article 1184 lui-même, qui est le vrai siége de la difficulté, prouve que dans l'article 1912 il ne s'agit pas de la résolution du contrat pour inexécution des engagements. En effet, la condition résolutoire n'est sous-entendue, en vertu de l'article 1184, que dans les contrats bilatéraux; or la constitution de rente est un contrat unilatéral : c'est la remarque faite par la cour de cassation de France (2), et elle est décisive. Qu'est-ce, en définitive, que la déchéance prononcée par l'article 1912 contre le débiteur de la

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXVII, p. 21, nos 14-17.
(2) Rejet, 8 avril 1818. (Sirey, nouveau Recueil, t. V, 1, p. 460.)

rente? Un effet que la loi attache aux obligations à terme en se fondant sur l'intention des parties contractantes. Or, dès que la volonté des parties détermine l'effet d'un contrat, il ne peut plus être question d'un *fait* postérieur au contrat; c'est un *effet* qui résulte directement de la volonté des contractants, donc de la nature de l'obligation. Par conséquent, dans la théorie même que je combats, on devrait appliquer la loi qui régit le contrat à la déchéance encourue par le débirentier; c'est-à-dire qu'en principe on doit s'en tenir à la volonté des parties, laquelle est souveraine dans la matière des contrats, et lorsque les parties n'ont manifesté leur volonté, ni par paroles ni par des faits, on doit recourir aux présomptions, qu'en principe le législateur a seul le droit d'établir.

475. Fœlix comprend la *révocation* des contrats parmi les faits juridiques auxquels il faut appliquer la distinction entre les *effets directs* et les *suites accidentelles*; il décide en conséquence que la faculté de *révoquer* une donation dépend de la loi du lieu où la donation a été consentie. Dans le langage du code civil, le mot *révocation* ne s'emploie qu'en matière de donations, comme synonyme de *résolution*. En général la *révocation* et la *résolution* sont régies par les mêmes principes, toutefois il y a des différences, comme l'indique déjà la différence qui existe dans la terminologie. Pour bien saisir ces différences, il faut distinguer les diverses causes de révocation.

Les donations peuvent être révoquées, d'abord pour cause d'inexécution des charges. C'est l'application de la condition résolutoire tacite; les principes sont identiques, donc les conséquences doivent être les mêmes. Ce n'est pas une *suite* de la donation, quand même on admettrait la théorie des *suites* et des *effets*, c'est un *effet* du contrat, puisqu'il résulte de la volonté des parties contractantes. De là suit qu'il faut appliquer la loi qui régit les contrats : ce ne sera pas toujours la loi du lieu où le contrat s'est passé, comme on l'enseigne; avant tout, il faut suivre la volonté du donateur, car c'est lui seul qui s'oblige, en règle générale; il est vrai que s'il impose une charge au donataire, la donation devient un contrat bilatéral, mais

toujours est-il que, déduction faite du montant de la charge, le contrat est une libéralité qui dépend entièrement du donateur : c'est donc sa volonté qui doit déterminer la loi du contrat. La loi du lieu où le contrat se parfait peut être entièrement étrangère à la volonté du donateur; il en serait ainsi si la donation se faisait entre absents; dans ce cas, la donation se parfait lors de la notification de l'acceptation du donataire; or, le lieu où se fait cette notification peut être accidentel, de sorte que la loi de ce lieu ne sera pas celle que le donateur a eue en vue; on irait donc contre sa volonté en décidant que c'est cette loi qui régira la donation. Il faut, en matière de donation, poser comme principe que la volonté du donateur est la loi suprême, à la différence des contrats ordinaires où l'on doit tenir compte de la volonté des deux parties contractantes. Je reviendrai sur cette distinction en parlant des actes unilatéraux. Une chose est certaine, c'est que l'on ne peut pas appliquer à la révocation la loi du lieu où la charge devait être exécutée, en appliquant la théorie des *suites;* il est impossible de considérer comme une *suite accidentelle* un fait que les parties ont prévu et voulu. C'est la loi du contrat qui doit recevoir son application; la vraie difficulté consiste à déterminer quelle est cette loi.

L'ingratitude est une seconde cause de révocation des donations. Dans ce cas il n'y a pas de condition résolutoire tacite, car la donation sans charge est un contrat unilatéral, et la condition résolutoire n'est sous-entendue que dans les contrats bilatéraux. Mais Domat dit, et avec raison, que moralement la donation implique le devoir de reconnaissance, et par conséquent le droit, pour le donateur, de révoquer sa donation si le donataire se montre ingrat (1). Sous ce rapport, on peut comparer l'ingratitude à l'indignité; le donataire était indigne d'être gratifié, car ce n'est pas au moment où l'ingratitude éclate que l'indignité prend naissance, le vice préexistait. Ainsi considérée, l'ingratitude n'est pas un fait postérieur au contrat, elle existait lors de la donation; donc on doit dire de l'in-

(1) Domat, *Des Lois civiles*, p. 113 (titre X, sect. III, art. 1 et 2).

gratitude, ce que l'on dit de l'inexécution des charges et de la condition résolutoire tacite : ce n'est pas une *suite accidentelle* du contrat, c'est un *effet*, en ce sens que le donateur n'aurait certainement pas fait sa libéralité, s'il avait prévu l'ingratitude du donataire. Il y a cependant une objection, et elle est spécieuse. Le code civil, dit-on, considère lui-même l'ingratitude comme un fait accidentel, puisqu'il ne révoque la donation que pour l'avenir; la donation n'est pas résolue, comme en cas d'inexécution des charges, tous les actes faits par le donataire antérieurement à la demande en révocation sont maintenus; partant la cause de la révocation ne remonte pas au jour du contrat, elle date de l'acte qui constitue l'ingratitude, donc c'est une suite accidentelle, et certainement imprévue. Cependant, chose singulière, les partisans de la doctrine que je combats mettent l'ingratitude sur la même ligne que l'inexécution des charges, ce qui aboutit à considérer la révocation comme une résolution, et par conséquent à appliquer la loi du lieu où le contrat se passe. C'est une contradiction et un défaut d'harmonie. Dans mon opinion, il faut s'en tenir à la volonté du donateur, et, en cas de doute, à la loi nationale de celui qui fait la libéralité, car c'est sa volonté qui dicte la loi du contrat.

Reste la révocation pour cause de survenance d'enfant. C'est une résolution de la donation qui se fait en vertu de la loi, et, au besoin, malgré le donateur. Pothier dit que la résolution dépend d'une clause tacite et implicite du contrat. La conséquence est qu'il faut appliquer le principe qui régit les deux premières causes de révocation ; on applique la loi du contrat, car il a été fait sous la condition sous-entendue que la donation serait révoquée en cas de survenance d'enfant. Dans la théorie des *suites accidentelles*, on devrait dire que la révocation dépend d'un fait postérieur au contrat, que les parties n'ont certes pas prévu, puisque la révocation se fonde précisément sur cette considération que le donateur n'a pas prévu qu'il lui surviendrait un enfant. Toutefois Fœlix applique, dans ce cas, la loi du contrat. C'est une nouvelle inconséquence.

476. Fœlix assimile l'action *en réduction* aux cas dans

lesquels le contrat est annulé, résolu ou révoqué. Il ne dit pas de quelle réduction il entend parler. Je suppose qu'il s'agit de la réduction des donations qui dépassent le disponible. On ne sait pas d'une manière certaine quelle est la nature de l'action qui appartient à l'héritier réservataire. D'après la rigueur des principes, il faut dire que le donateur qui dépasse le disponible dispose de biens que la loi attribue aux réservataires, et que, par suite, ceux-ci peuvent les revendiquer contre les donataires (1). Ainsi considérée, l'action en réduction n'a rien de commun avec l'action en résolution, ni avec l'action en nullité. Elle dépend de la réserve, et la réserve étant une partie de la succession, la matière appartient au droit d'hérédité; il faut par conséquent l'écarter du débat actuel.

Si l'on considère la réduction comme une résolution, ce serait une résolution fondée sur la loi, dans l'intérêt des réservataires, ce qui nous ramène de nouveau à la réserve et au droit de succession. En tout cas, il ne peut être question de la volonté du donateur, puisque la réduction se fait contre sa volonté. On pourrait objecter que la donation se fait sous la condition qu'elle sera réduite, en cas d'excès; mais cette condition ne dépend pas de la volonté du donateur, celui-ci n'a point de volonté en cette matière: il doit vouloir ce que veut la loi. C'est donc la loi qui établit la réserve qu'il faut appliquer. En droit français c'est la loi territoriale. Je renvoie à mon Etude sur le droit de succession.

N° 4. DES DISPOSITIONS UNILATÉRALES.

477. Dans le projet de révision du code civil j'ai inséré un article ainsi conçu : « Les dispositions unilatérales, entre-vifs ou à cause de mort sont régies par la loi nationale du disposant, à moins qu'il n'ait manifesté une volonté contraire. » J'entends par *dispositions unilatérales* tous les faits juridiques dans lesquels il intervient une manifestation de volonté, sans qu'il y ait un concours de con-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XII, nos 54 et 167, et t. VI, n° 107.

sentement. Telle est la confirmation, dont j'ai longuement parlé dans cette Etude (nos 466-470). Celui qui confirme renonce au droit qu'il avait de demander la nullité du contrat; sa renonciation ne doit pas être acceptée; la confirmation n'est pas un contrat, c'est une manifestation purement unilatérale de la volonté de celui qui confirme.

Il ne faut pas confondre les dispositions unilatérales avec les contrats unilatéraux. Les contrats unilatéraux exigent le concours de consentement aussi bien que les contrats bilatéraux; dès lors, on doit leur appliquer les principes que je viens d'exposer sur la loi qui régit les conventions. C'est la volonté commune des parties contractantes qui forme la convention, c'est aussi cette volonté commune qui détermine la loi par laquelle la convention sera régie. En droit cela n'est pas douteux. Aux termes de l'article 1134, les *conventions* légalement formées tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites; or le contrat unilatéral est une convention, d'après la définition que le code civil en donne (art. 1103 et 1101). Peu importe que dans le contrat unilatéral, il n'y ait qu'un débiteur et un créancier, toujours est-il que le créancier stipule et que le débiteur s'oblige, ce qui est décisif : le concours de volontés est nécessaire pour que la convention soit légalement formée, comme le dit l'article 1134. De là la conséquence que les deux parties déterminent par leur volonté la loi qui doit régir le contrat, et, en cas de doute, la loi établit une présomption en tenant compte de leur volonté probable.

Il en est tout autrement dans les dispositions unilatérales, il n'y a là ni débiteur ni créancier; c'est une manifestation de volonté qui n'implique pas un concours de consentement. De là une conséquence très importante en ce qui concerne la présomption que la loi établit quand le disposant n'a pas déclaré sa volonté; la loi présume sa volonté en se fondant sur des probabilités ; doit-elle tenir compte, dans ce calcul de probabilités, d'une autre volonté que celle du disposant? Non, car il n'y a pas deux volontés qui concourent, il n'y en a qu'une seule qui dispose.

Partant il ne s'agit que de présumer la volonté du disposant; la probabilité la plus naturelle est qu'il a entendu disposer d'après sa loi personnelle, c'est-à-dire nationale. Les statutaires l'ont décidé ainsi en tout temps, en matière de testaments, comme je l'ai dit dans mon Etude sur les Successions; par identité de raison il faut admettre la même décision pour les actes entre-vifs, tels que la confirmation. Il en résulte que la loi présumée dans les dispositions unilatérales n'est pas la loi que le législateur présume en matière de contrats. Quand les deux contractants sont de nationalité différente, le législateur suppose qu'ils ont voulu s'en rapporter à la loi du lieu où ils traitent; c'est une présomption nécessaire, puisqu'on ne peut pas admettre l'une des lois nationales plutôt que l'autre. Dans les dispositions unilatérales, la décision est plus simple; il n'y a pas deux parties en présence, ayant une loi personnelle différente, il n'y en a qu'une : il est donc très naturel de présumer que l'auteur de la disposition unilatérale a entendu s'en rapporter à sa loi personnelle, la seule d'ordinaire qu'il connaisse, et non à la loi du pays où il dispose, puisque le plus souvent cette loi lui est inconnue.

478. Fœlix est d'un autre avis; il établit comme principe que, dans les contrats unilatéraux, on suit la loi personnelle du débiteur. Ainsi dans un prêt d'argent, fait en France par un Français à un Belge, on devrait appliquer la loi belge, quant à l'intérêt. M. Demangeat, le commentateur de Fœlix, dit, au contraire, que l'on doit s'attacher à la loi du lieu où le contrat se passe; donc, dans l'espèce, c'est la loi française qui régirait le contrat (1).

Je viens de dire qu'en théorie il n'y a pas de raison pour faire une différence entre les contrats unilatéraux et les contrats bilatéraux. Toutefois il y a quelque chose de vrai dans la distinction de Fœlix. Les contrats bilatéraux sont des contrats commutatifs; chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne et de ce qu'on

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. 1er, p. 159, et p. 230, note 6.

fait pour elle. De là suit que le législateur, quand il recherche l'intention probable des contractants, doit prendre en considération la volonté des deux parties, parce qu'elles sont également intéressées à la convention. Il n'en est pas de même dans les contrats unilatéraux; une seule des parties, le débiteur, contracte un engagement; il paraît donc très naturel de tenir grand compte de l'intention de celui qui s'oblige. Cela est vrai surtout dans les contrats où le débiteur rend un service gratuit au créancier : tels sont les dépositaires, les mandataires, les cautions, et notamment le donateur. Il dépend de celui qui rend un service d'en limiter l'étendue; c'est la raison pour laquelle les jurisconsultes italiens présument que la donation est régié par la loi nationale du donateur, sauf la preuve d'une intention contraire (1), et l'on devrait admettre la même présomption pour tous les contrats gratuits. Mais, dans les contrats intéressés, il n'y a pas de raison juridique de s'écarter de la règle fondamentale établie par l'article 1134 du code civil : ce n'est pas l'une des parties qui impose sa loi à l'autre, la loi qui régit les conventions résulte du concours de volontés des deux parties contractantes; donc quand il s'agit de déterminer, par voie de présomption, la loi qui doit régir les contrats, le législateur ne peut pas s'en tenir exclusivement à la loi du débiteur, ce serait méconnaître le droit du créancier qui stipule; il doit donc poser comme règle que l'on appliquera au contrat la loi du lieu où il se passe. Il en résulte que la présomption de la loi pourra ne pas être d'accord avec la volonté que les parties auraient manifestée si leur attention s'était portée sur le conflit des lois nationales du débiteur et du créancier. Cette opposition entre la présomption de la loi et la volonté des contractants confirme la nécessité de provoquer, de la part des contractants, une manifestation de volonté, comme j'en ai fait la proposition dans l'avant-projet de révision du code civil.

(1) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 175. Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 131.

§ IV. — *De l'interprétation des contrats.*

479. Le code civil contient, au titre des Obligations conventionnelles, des règles sur l'interprétation des conventions (art. 1156-1164). Ces règles ne peuvent guère donner lieu à un conflit de lois contraires. Elles supposent que le contrat est plus ou moins obscur, il s'agit de rechercher ce que les parties ont voulu dire; c'est une question de fait, que le juge décide d'après les circonstances de la cause. Le législateur vient à son aide, en traçant quelques règles qui peuvent servir à interpréter la volonté des parties, mais l'interprétation reste toujours une question de fait. Donc les statuts et le droit civil international sont hors de cause. Je citerai quelques exemples. L'article 1156 porte : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » Pour qu'il y eût un conflit possible entre cette disposition et une loi étrangère, il faudrait que celle-ci ordonnât au juge de ne pas rechercher quelle a été la commune intention des contractants et de s'attacher à la lettre du contrat, alors même qu'il serait prouvé que l'interprétation littérale serait en opposition avec la volonté des parties. Une pareille supposition est absurde, et il ne faut pas supposer qu'il y ait des lois absurdes.

L'article 1157 est ainsi conçu : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. » Se trouve-t-il un législateur qui ait commandé au juge d'interpréter les conventions dans un sens qui ne leur donne aucun effet?

Je ne continue pas ce débat, qui n'est pas sérieux. Savigny dit très bien que, dans le droit international privé, il ne s'agit pas de l'interprétation de mots, ou de clauses obscures; il s'agit de savoir quel sens il faut donner à un terme qui a un sens différent dans deux lois, dont chacune pourrait être appliquée à l'espèce que le juge a à décider.

Dans ce cas, il y a un conflit de lois, et le juge doit avoir une règle pour le vider (1).

480. Savigny ajoute que l'on décide d'ordinaire la question d'après la loi qui doit régir le contrat, de sorte que la décision dépendrait des divers systèmes, les uns suivant la loi nationale des parties, quand elles ont la même nationalité, les autres appliquant la loi du lieu où doit se faire l'exécution du contrat. Le célèbre jurisconsulte critique avec raison cette théorie, qui conduit à une interprétation mécanique. Ainsi les Anglo-Américains, grands partisans de la loi du *lieu* où le contrat a été passé, décident qu'il sera interprété par cette même loi (2). Savigny dit très bien que ce n'est pas au législateur de décider quelle a été l'intention des parties en se servant de tel terme; les parties seules peuvent le savoir; il faut donc rechercher leur pensée; si le terme qu'elles emploient a un sens différent dans deux lois qui l'une et l'autre pourraient régir leur convention, il faut voir laquelle des deux lois les parties ont eue en vue en se servant de ce terme. Boullenois pose la question en ces termes (3) : « Faut-il interpréter le mot selon la loi du lieu où l'écrit a été dressé? » Dans ce cas, on risque fort de prendre pour la volonté des parties ce qui est la pensée de l'officier public ou de l'agent d'affaires qui rédige l'acte, et si c'est par accident que l'acte a été reçu dans tel lieu plutôt que dans un autre, les parties ne peuvent pas connaître le sens que l'auteur de l'acte y attache. Faut-il entendre l'expression ou la clause selon la loi du lieu où les biens sont situés? Je suppose qu'un Français possède des biens ou en achète dans les Flandres : l'acte sera rédigé en flamand, et toutes les négociations se feront dans une langue que le Français n'entend point : peut-on lui supposer la volonté de suivre la loi d'un pays dont il ne comprend pas la langue? On peut encore suivre la loi du créancier, ou celle du débiteur, celle du lieu où le contrat est formé,

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 268.
(2) Story, *Conflict of laws*, §§ 270-279, p. 313 et suiv.
(3) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. II, p. 489, X^e règle.

ou celle du lieu où il sera exécuté. Est-ce que le système du juge concernant la loi qui doit recevoir son application décidera quelle est, parmi les lois diverses qui se servent du même terme dans un sens différent, celle qui déterminera la signification que les parties ont voulu lui donner? La question est contradictoire, car elle implique un non-sens.

Il faut d'abord remarquer, comme le dit Savigny, que le sens du mot qu'il s'agit de fixer n'est pas obscur; il a une signification claire et précise dans les lois diverses où il est employé, mais il a un sens différent : quelle est la signification dans laquelle les parties l'ont employé ? La solution dépend, non de la loi qui, dans l'opinion du juge, régit le contrat, mais de l'intention des parties; or, les contractants peuvent ignorer, et ignorent le plus souvent quelle est la loi que le juge appliquera à leur convention; pour le savoir, ils devraient être des juristes, et ils sont régulièrement des hommes étrangers à l'étude du droit. Il faut donc laisser là *la loi du contrat*, et chercher quelle a été l'intention des parties contractantes. Savigny dit qu'il n'y a point de règle absolue en cette matière, il approuve l'avis de Boullenois qui dit que la solution dépend des faits et circonstances. « Je ne crois pas, dit-il, qu'il faille suivre comme une maxime générale que, quand il s'agit de l'interprétation d'un contrat, l'on doive aussitôt avoir recours à la coutume du lieu où il a été passé, mais aussi il ne faut pas généralement le nier; cela dépend des circonstances. Je sais bien, ajoute le légiste français, qu'en recourant aux circonstances qui donneront lieu aux présomptions et aux conjectures, on rendra bien des questions arbitraires, parce que le juge pourra se déterminer par des probabilités peu solides; mais cet inconvénient me paraît sans remède. En effet, il est impossible de décider, par une règle générale et absolue, ce qui dépend des circonstances de chaque cause. »

481. Les généralités, en cette matière, ont peu d'importance, parce qu'elles restent nécessairement dans le vague. Mieux vaut procéder, par exemple, comme le fait Boullenois. Je vais d'abord citer un cas qui s'est présenté en Allemagne, et qui a été décidé par un excellent juris-

consulte, Wächter, l'auteur de la dissertation sur le conflit des lois, que j'ai eu si souvent l'occasion de citer. Une fabrique de coton, établie à Zürich, fait assurer ses machines par une compagnie d'assurance de Leipzig. L'offre ayant été faite à Zürich, et l'acceptation de la compagnie étant parvenue au fabricant à Zürich, c'est la loi de ce lieu qui gouvernait le contrat. Or, la police d'assurance portait que l'assureur n'entendait pas répondre de la destruction qui se ferait dans une émeute (*Aufruhr*). La populace s'ameuta et détruisit par le feu et par la violence l'établissement où se trouvaient les machines assurées. Question de savoir si la réserve faite dans la police d'assurance, pour le cas d'*émeute*, devait recevoir son application; or, sur ce point, la loi allemande (de Saxe) et la loi suisse (de Zürich) différaient, elles donnaient un sens différent au mot *émeute*. D'après la loi saxonne, il y avait émeute, dans l'espèce; partant la compagnie n'était pas responsable si l'on interprétait le contrat d'après la loi allemande. Au contraire, d'après la loi suisse, il n'y avait pas d'émeute; partant les assurés avaient droit à une indemnité, si l'on interprétait la convention d'après la loi de Zürich. Wächter, appelé à décider en qualité de tiers arbitre, commence par établir que la difficulté ne dépend pas de la loi qui régit le contrat, loi qui, dans l'espèce, était celle de Zürich. Il est vrai que le contrat s'était formé à Zürich, d'après les principes que j'ai établis sur les conventions qui se font par correspondance (n° 447-451), principes que Wächter approuve, ce qui leur donne un grand poids. La question est très controversée, comme je l'ai dit dans le cours de cette Etude : est-ce qu'une règle de droit, douteuse entre les jurisconsultes, peut déterminer l'intention des parties contractantes? On pouvait soutenir, et c'est une opinion très répandue, que le contrat s'était formé à Leipzig. Puisqu'il était incertain où le contrat s'était formé et quelle loi devait le régir, il fallait laisser là la loi du contrat, et s'en tenir à l'intention des parties. Or, cette intention était aussi claire que la loi était douteuse. C'est la compagnie saxonne qui avait formulé la police d'assurance; dans quel sens entendait-elle

le mot *émeute?* Naturellement dans le sens de la loi saxonne; elle ne pouvait pas prévoir, ni deviner quel était le sens de ce mot dans les divers pays avec lesquels elle était dans le cas de traiter. Le mot *émeute* a un sens différent dans la loi de Saxe, et dans la loi de Würtemberg, et encore une autre signification dans la loi d'Autriche; puis viennent des lois où l'*émeute* ne figure point. Est-ce que des assureurs peuvent laisser dans l'incertitude le sens d'un mot qui détermine une circonstance dans laquelle ils n'entendent pas être responsables, de sorte qu'ils pourraient l'être malgré eux, ou sans s'en douter, et être tenus de supporter des risques qui les ruineraient? Cela n'est pas admissible : l'exception à l'obligation des assureurs doit être fixe et invariable, de sorte que les deux parties sachent à quoi s'en tenir. C'est aux assurés de s'enquérir du sens qu'a le mot *émeute* dans la loi personnelle de l'assureur avant de traiter avec lui; si, comme dans l'espèce, ils acceptent la police d'assurance comme base de la convention, ils doivent l'accepter dans le sens qu'elle a (1). On voit par là que la *loi du lieu,* au moins dans l'espèce, n'avait rien de commun avec l'interprétation du contrat.

482. « Pour revenir à notre question sur l'interprétation des contrats, dit Boullenois, j'estime que la seule règle que l'on puisse prescrire est celle de se déterminer par les différentes circonstances; et ces différentes circonstances vous entraînent tantôt pour la loi du contrat, tantôt pour celle de la situation des biens, quelquefois pour celle du domicile, et quelquefois encore pour celle où le payement doit se faire; et c'est pour cela que je ne trouve rien de plus raisonnable que ce que Me Charles Du Moulin nous a donné par rapport à ce. Ce grand homme, qui ne se payait pas de mauvaises raisons, fronde avec courage ceux qui, se fondant sur un texte du Digeste, ont tout donné à la *loi du contrat.* En effet, se persuadera-t-on jamais que parce qu'un homme aura contracté par hasard dans un lieu, il ait pour cela seul voulu transmettre l'interprétation de ses volontés aux lois de ce lieu? Et

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis,* t. XIX, p. 121-125.

cette circonstance que le contrat a été passé dans un lieu, toute considérable qu'elle est, prévaudra-t-elle à d'autres qui peuvent passer pour supérieures (1)? »

Boullenois suppose que deux personnes de différents Etats, où le taux des rentes diffère, se trouvent dans un même lieu, et font un contrat de prêt, avec constitution de rente, en laissant le taux indécis. Comment déterminer l'intérêt? Les uns estimeront qu'il faudra suivre la loi de celui qui prête, parce qu'il est présumé faire la loi à l'emprunteur : c'est l'avis du président Bouhier (chap. XXI, n° 195). D'autres préféreront la loi du lieu du contrat. Pour moi, dit Boullenois, je ne croirais pas, dans l'espèce, que des non-domiciliés, qui contractent par hasard dans un lieu et qui stipulent des intérêts vaguement, aient en vue ceux du lieu où ils traitent; celui qui s'oblige aux intérêts me paraît, au contraire, n'envisager que ceux qu'il connaît et, par conséquent, ceux du lieu où il demeure : ce qui revient à dire, dans notre doctrine moderne, qu'on suit la loi nationale du débiteur. Il est vrai, comme le dit Bouhier, que le créancier pouvait faire la loi, en se conformant à celle de son domicile propre; mais ne l'ayant pas fait, le débiteur me paraît en droit de réclamer les lois de son domicile. Il y a encore, dans cette question, des considérations d'ordre public dont il faut tenir compte, et sur lesquelles je reviendrai.

Ainsi, dit Boullenois, voilà une espèce, où il faut suivre la loi du débiteur; en voici une où il faut se déterminer pour la loi de la situation. Un homme est en voyage; il trouve à vendre avantageusement un domaine qu'il dit être de cent arpents; la mesure du lieu où il se trouve est plus grande que celle du pays où son domaine est situé : faudra-t-il mesurer les cent arpents d'après la loi du lieu où le contrat se passe? Il n'y a personne, répond notre légiste, qui ne sente qu'une pareille prétention choque. On doit, dit Dumoulin, considérer la loi du lieu où le fonds est situé, c'est là l'intention probable des contractants, puisque la mesure est inhérente à la terre; en

(1) Boullenois. *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. II, p. 494 et 495, 517.

ce sens on peut dire que le statut est réel. Tel était aussi l'avis de Chopin sur la coutume de Paris; Charondas, en ses Pandectes du droit français, cite un arrêt du parlement de Paris en ce sens.

Voici une troisième espèce dans laquelle Everard, en ses Conseils (n° 68) se détermine pour la loi du lieu où le payement doit se faire. Un marchand de Paris s'oblige de payer à Amsterdam une somme de 10,000 livres, sans désigner la valeur des espèces. Le jurisconsulte belge décide qu'il faudra les payer eu égard à la valeur de la monnaie d'Amsterdam, parce que c'est le lieu du payement que les parties ont eu probablement en vue. Tel est aussi l'avis de Bourgoingne, autre jurisconsulte flamand, dont j'ai parlé dans mon Introduction historique; il s'appuie sur la célèbre loi romaine aux termes de laquelle chacun est censé contracter dans le lieu où il s'oblige de payer. L'argument prouve trop, car il en résulterait que le lieu du payement est une règle générale, comme le veut Savigny, tandis que Dumoulin, que Boullenois aime à suivre, disait que c'était une question de fait et de circonstances. C'est dire que le juge, en interprétant un contrat, doit se décider, dans chaque cause, d'après l'intention probable des parties contractantes.

Il pourrait, continue Boullenois, se présenter telle circonstance, où il faudrait se décider pour la loi du lieu où le contrat se passe. Telle est l'espèce rapportée par Charondas en ses Pandectes du droit français (liv. II, chap. XXXIX). Un marchand français achète en Flandre, d'un marchand du pays, des marchandises pour lesquelles il fait la promesse et cédule de la somme de 36 livres de gros, payable au marchand flamand ou au porteur. Le Flamand veut être payé, en France, du marchand français, selon la valeur de la monnaie de Flandre; le Français soutient qu'il a le droit de payer à raison de ce que la livre vaut en France; il dit que puisqu'il n'y a aucun lieu certain désigné en la cédule pour faire le payement, il faut estimer le payement être désigné au lieu où il est demandé. La question était importante; car en Flandre, la livre de gros vaut six livres, et en France, elle ne vaut

qu'une livre, et n'est-il pas probable que le Français, en faisant sa cédule, a eu égard à l'usage et à l'estimation de la France, où il entendait que le payement devait se faire? Il m'a semblé, dit Charondas, que le payement devait se faire d'après l'usage du pays, parce que la cédule portait, en termes exprès, l'espèce et la qualité de la monnaie promise; il cite un arrêt, en ce sens, du parlement de Paris. D'ailleurs, dans l'espèce, il s'agissait de déterminer la valeur de la chose, plutôt que la valeur de la monnaie, or, quand un marchand flamand vend pour une livre de gros, il entend que sa marchandise vaut 6 livres et non une livre.

Boullenois conclut qu'il ne faut pas poser comme règle générale d'interprétation, qu'on doive suivre la loi du contrat; mais on ne doit pas non plus nier que cette loi soit applicable selon les circonstances. Un homme, par exemple, n'a pas de domicile certain en France; il ne paraît d'ailleurs avoir aucun esprit de retour dans le lieu de sa naissance. Si cet homme contracte en France, on doit présumer qu'il a entendu se soumettre à la loi du pays où il traite. Mais comme il est rare de trouver quelqu'un qui n'ait point de domicile actuel, ni esprit de retour en son domicile d'origine, on ne peut pas faire de ce cas une règle. D'ordinaire les hommes ont un domicile, et ils ont l'esprit de retour. Quelle loi faudra-t-il suivre, dans ce cas, pour interpréter leurs conventions? Un homme se transporte exprès dans un lieu pour y passer, avec une personne domiciliée dans ce lieu, un contrat qui a besoin d'être interprété, à raison des lois différentes qui sont en vigueur dans les différents domiciles, et qui donnent à la convention une signification et une portée différentes. Il est nécessaire de rechercher quelle peut avoir été l'intention des contractants. Boullenois dit que, dans l'espèce, il paraît raisonnable de se déterminer pour la loi du lieu où le contrat a été passé : d'abord parce que c'est aussi la loi du domicile de l'un des contractants: ensuite, parce que celui qui est venu contracter y est venu exprès, à dessein, et qu'il est, pour cette raison, probable qu'il a voulu se conformer à la loi de ce lieu, dont il a dû se faire

instruire; car on ne va pas contracter dans un lieu étranger sans s'informer de la loi qui régit le contrat que l'on se propose de faire.

483. Boullenois, dans les explications qu'il donne sur l'interprétation des contrats, met toujours sur la même ligne les testaments et les conventions. Il y a cependant une différence et elle est considérable; c'est que le testament est un acte unilatéral, qui contient la volonté exclusive du disposant; tandis que les contrats, même unilatéraux, se forment par un concours de volontés des parties contractantes: quand il s'agit d'interpréter un contrat, il faut tenir compte de deux volontés, tandis que dans les testaments on ne doit considérer que la volonté du testateur. Si cette volonté a un sens différent selon la loi du lieu où l'acte a été dressé, la loi du lieu où sont situées les choses qui font l'objet de la disposition, et la loi du domicile du testateur, laquelle faudra-t-il suivre pour l'interprétation du testament? La même question se présente pour les actes unilatéraux entre-vifs, tels qu'un acte de confirmation.

Fœlix dit, et telle est l'opinion générale, que la substance et l'interprétation des testaments sont soumises à la loi personnelle du testateur (1). Ainsi formulée, la règle est trop absolue. C'est, avant tout, une question de volonté, et non de statut, pour les testaments comme pour les conventions, et pour tout acte de volonté. Le code Napoléon dit que la volonté des contractants leur tient lieu de loi (art. 1134). Le testament aussi est comparé à une loi qui dépend de l'unique volonté du testateur; la loi proprement dite ou le statut sont donc hors de cause. Mais il se peut que la volonté, telle qu'elle est exprimée dans le testament ou dans un acte unilatéral entre-vifs, soit douteuse; dans ce cas, il faut recourir à des présomptions; c'est-à-dire que le juge devra décider d'après quelle loi il faut interpréter la volonté du testateur. La décision dépend de l'intention probable du disposant, donc de présomptions que le législateur devrait établir, puisque lui seul a le pouvoir de créer des présomptions; mais comme

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 260, n° 115.

nos lois ne contiennent pas de dispositions sur le conflit, le juge se trouvera dans la nécessité de présumer la volonté de celui qui dispose. Or, toutes les probabilités sont en faveur de la loi personnelle du défunt. C'est la seule que l'auteur de la disposition connaisse d'ordinaire; c'est donc cette loi qu'il aura eue en vue, et c'est cette loi qui devra servir à interpréter la volonté du disposant. Mais cette présomption, fondée sur une probabilité, n'est pas absolue; les circonstances dans lesquelles le disposant s'est trouvé peuvent donner la conviction qu'il a entendu conformer ses dispositions à une autre loi; et c'est naturellement la volonté certaine ou probable que le juge doit suivre. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens en ce qui concerne les testaments (1), et par identité de raison, il faut décider dans le même sens, quand il s'agit d'un acte unilatéral et entre-vifs. J'ai appliqué le principe ici même, à l'acte confirmatif (nos 467 et 468).

(1) Voyez les autorités citées par Fœlix. Comparez Paris, 1er février 1836.

FIN DU TOME VII.

TABLE DES MATIÈRES.

DEUXIÈME PARTIE.

LIVRE III.

La famille (suite).

CHAPITRE IV. — Du droit de succession (*suite*).

SECTION IV. — Le statut des formes (*suite*).

Article III. De l'institution contractuelle.

1. L'institution contractuelle est un contrat solennel. Quelles sont les solennités requises pour son existence, p. 5.
2. Conséquence qui en résulte quant aux formes dans lesquelles l'institution contractuelle peut être faite par un Français à l'étranger, p. 7.
3. Dans quelle forme doit se faire l'institution contractuelle par un étranger en France, p. 8.
4. L'institution contractuelle est-elle soumise à la transcription? Renvoi, p. 9.

Article IV. Droit étranger.

N° 1. Doctrine allemande.

5. Les auteurs allemands ne distinguent pas entre le statut de la *solennité* et le statut des formes instrumentaires. Pourquoi il faut tenir au principe de la solennité dans les donations et les testaments? p. 9.
6. Théorie de Wächter. Les formes dépendent de la loi nationale. Critique de cette théorie. Ce qu'elle a de vrai, p. 10.
7. Par exception à son principe, Wächter enseigne que pour raison de nécessité l'on doit admettre, avec l'opinion générale, la règle *Locus regit actum*. L'exception témoigne contre le principe, et l'exception est trop absolue, ainsi que le principe, p. 13.
8. Le testateur peut-il disposer dans la forme olographe, conformément à la loi du lieu où il teste, si la loi nationale n'admet point le testament olographe? p. 14.

9. Le testateur peut-il disposer, en pays étranger, dans les formes admises par sa loi nationale, si la loi locale n'admet pas cette forme de tester? p. 15.

N° 2. Le droit anglo-américain.

10. Les formes du testament dépendent de la loi de la situation des biens quand le testament a pour objet des immeubles. Critique du principe, p. 16.
11. Droit anglais. Différence entre le testament qui dispose des immeubles et le testament qui dispose des meubles. L'ancienne jurisprudence, et la nouvelle. L'acte de 1861 établit le principe du statut local, p. 18.
12. Aux Etats-Unis, on a maintenu le principe du domicile. Incertitude et arbitraire qui en résultent, p. 21.

SECTION V. — Du partage et des rapports.

Article Ier. Succession *ab intestat* et testamentaire.

§ 1er. *Du partage.*

N° 1. Le principe.

13. Division de la matière. A quels partages s'appliquent les règles établies par le code civil? p. 22.
14. Quelle est la nature du statut du partage? Est-il vrai qu'il est réel, en vertu de la tradition française? Quelle est la tradition en cette matière? p. 22.
15. Distinction proposée par un des plus anciens légistes, Masuer. D'après cette distinction, le partage de droit dépend du statut réel, et l'opération matérielle du partage dépend du statut personnel, p. 23.
16. Le droit établi par l'article 815 est un droit personnel, p. 27.
17. Le partage est une convention et dépend par conséquent de l'autonomie des parties contractantes; en ce sens on peut assimiler le statut aux statuts personnels, p. 28.
18. De la capacité requise pour consentir le partage. Cette capacité dépend du statut personnel des héritiers. Réponse aux objections des réalistes, p. 29.
19. La jurisprudence n'est pas contraire. Les arrêts que l'on cite sont étrangers à la question de savoir quelle est la loi qui régit le partage conventionnel, p. 30.
20. Du partage judiciaire. Il dépend du statut territorial, p. 33.
21. *Quid* du partage où des incapables sont intéressés et qui doit se faire en Belgique d'après les formes prescrites par la loi de 1816? p. 34.
22. Quand le partage où les mineurs sont intéressés est-il provisionnel? Quelle est la nature du statut qui régit ce partage? Est-il personnel ou réel? p. 36.
23. *Quid* si un mineur étranger est partie au partage? Pourrait-il, en vertu de son statut personnel, demander la nullité du partage irrégulier? p. 38.

N° 2. Application du principe. Conflit entre le droit italien et le droit français.

24. Rareté des conflits qui se présentent dans la jurisprudence malgré la diversité infinie des lois. Notre science ne peut et ne doit pas prévoir tous les conflits possibles. Elle doit rester sur le terrain de la réalité, p. 38.

25. Des conventions d'indivision et des prohibitions de partager. Conflit entre le droit français et le droit italien. Solution, p. 40.
26. Du retrait successoral. Aboli par le code italien; motifs de l'abolition. Quelle est la nature du statut qui permet le retrait et du statut qui l'abolit? L'héritier français peut-il exercer le retrait en Italie? et l'héritier italien peut-il l'exercer en France? p. 42.

N° 3. Effet du partage.

27. Principe du partage déclaratif de propriété. Quelle est l'origine du principe? Quel en est le fondement rationnel? Le partage cesse-t-il d'être un acte d'autonomie par le changement que le code civil a introduit dans l'effet du partage? p. 45.
28. Quelle est la nature du statut qui considère le partage comme déclaratif ou comme translatif de propriété? p. 48.
29. Application du principe. Conflit des deux principes. Solution. En quel sens le partage déclaratif est-il réel? En peut-on dire autant du partage translatif? p. 52.

§ II. *Du rapport.*

N° 1. Le principe.

30. Quel est le fondement du rapport? est-ce la volonté de la loi ou celle de l'homme? p. 54.
31. Le code s'est prononcé pour les coutumes de *préciput*, contre les coutumes d'*égalité;* ce qui prouve que le rapport est fondé sur la volonté du défunt, p. 55.
32. De là suit que le rapport dépend de l'autonomie; en ce sens il forme un statut personnel, p. 56.
33. Dans le système traditionnel des statuts, le rapport dépend de la situation des biens. Conséquences absurdes qui en résultent, p. 57.

N° 2. Le code italien et le code français.

34. Le code italien ne soumet pas au rapport les legs que le code Napoléon déclare rapportables. Comment se vide le conflit entre les deux lois? p. 58.
35. Le code italien ne soumet au rapport que les descendants donataires; les collatéraux que le code français y oblige ne le doivent pas. Conflit et décision, p. 60.
36. Le code italien dispose que le rapport de l'immeuble hypothéqué par le donataire se fait en moins prenant, tandis que, d'après le code Napoléon, le rapport se fait en nature, ce qui efface l'hypothèque. Solution du conflit, p. 61.

§ III. *Du payement des dettes.*

N° 1. La tradition.

37. Y a-t-il une tradition en cette matière? et peut-on affirmer, avec la cour de cassation, que le statut est réel? p. 63.
38. Principes du droit romain et du droit coutumier concernant la *contribution* aux dettes. Dans les coutumes on distinguait entre l'héritier des meubles et

acquêts et les héritiers des propres. Dans le conflit des diverses coutumes, quel statut suivait-on? p. 64.

39. Les coutumes variaient encore en ce qui concerne l'*obligation* du payement des dettes : d'après les unes, les dettes se divisaient ; d'après d'autres, les héritiers en étaient tenus solidairement. Quelle loi fallait-il suivre? Incertitude de la doctrine, p. 66.

40. Jurisprudence du Grand Conseil de Malines et du parlement de Flandre sur cette question. La coutume du domicile du défunt, ou de la *maison mortuaire*, p. 68.

41. Bouhier enseigne la même doctrine. Motif qu'il en donne, p. 69.

42. Doctrine contraire des réalistes. Critique, p. 71.

43. Différence capitale entre le code civil et le droit coutumier en ce qui regarde les dettes. Conséquence qui en résulte, p. 72.

44. Les auteurs du code civil ont suivi, en cette matière, le principe romain. Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut, p. 72.

N° 2. Le système du code civil.

45. Principes du code civil. Quels successeurs sont tenus des dettes? En sont-ils tenus *ultrà vires?* La part obligatoire est-elle toujours la même que la part contributoire? p. 73.

46. Sont d'abord tenus des dettes les héritiers légitimes, et ils en sont tenus indéfiniment parce qu'ils ont la saisine, p. 74.

47. Les successeurs irréguliers sont tenus des dettes, mais seulement jusqu'à concurrence de leur émolument. La distinction est-elle fondée en raison? p. 75.

48. Les successeurs qui exercent le retour successoral sont-ils tenus des dettes, et comment? p. 76.

49. Sont encore tenus des dettes les légataires universels ou à titre universel. Sont-ils tenus des dettes *ultrà vires?* p. 76.

50. Les héritiers contractuels sont-ils tenus des dettes, et comment? p. 78.

51. De la contribution aux dettes. Quand la part obligatoire diffère de la part contributoire, p. 79.

52. Quel est le statut qui détermine le payement des dettes et la contribution des héritiers? p. 79.

53. Modifications apportées au code français par le code des Pays-Bas et le code italien, p. 82.

54. Conflit qui en résulte entre les législations nouvelles et le code français. Application du statut personnel ou du statut réel, selon les divers systèmes. Cas dans lequel le statut est toujours réel, p. 83.

N° 3. Séparation de patrimoines.

55. Qu'est-ce que la séparation des patrimoines, et quel en est le fondement? p. 84.

56. Le statut est-il personnel ou réel? En quel sens le droit prend un caractère de réalité, en ce qui concerne les immeubles? p. 86.

57. Conflit entre le code italien et le code Napoléon en ce qui concerne les conditions requises pour la conservation du droit des créanciers, soit quant aux meubles, soit quant aux immeubles, p. 89.

§ IV. *De la liquidation.*

58. Quelle est la nature du statut? Nécessité de distinguer le caractère divers des divers faits juridiques, p. 90.

N° 1. De la liquidation entre copartageants capables.

59. Faut-il appliquer à la liquidation le principe formulé par la cour de cassation, que tout, en matière de succession, dépend du statut réel? p. 92.
60. De la compétence en matière de succession. Loi du 25 mars 1876, p. 94.
61. De la liquidation. Code Napoléon et code de procédure civile, p. 95.
62. Si des immeubles dépendant de la succession sont situés en France, l'action en partage doit être portée devant les tribunaux français, quoique la succession s'ouvre à l'étranger. Jurisprudence. Loi de 1876, p. 95.
63. Une succession s'ouvre en France; les immeubles sont situés en pays étranger. Jugé que la liquidation doit se faire par les tribunaux français. Critique de l'arrêt, p. 96.
64. *Quid* dans le cas où la loi du 14 juillet 1819 est applicable? L'est-elle quand tous les héritiers sont français? Critique de la jurisprudence de la cour de cassation, p. 97.

N° 2. De la liquidation quand il y a des copartageants incapables.

I. *Les textes et le statut.*

65. Dispositions du code civil et de la loi du 12 juin 1816 concernant les partages et liquidations auxquels sont intéressés des mineurs, p. 100.
66. Des partages auxquels interviennent des mineurs émancipés, p. 102.
67. Des partages dans lesquels sont intéressés des interdits et des aliénés colloqués dans une maison de santé, sans être interdits, p. 102.
68. Quelle est la loi qui régit la liquidation? Il faut faire une part au statut personnel qui régit l'état des incapables, au statut réel qui régit les immeubles et les formes de la procédure. Quant au mobilier, on doit tenir compte de la loi de la personne, et pour les formes instrumentaires, on suit la loi locale, p. 102.

II. *L'incapacité et les formes habilitantes.*

69. Y a-t-il une tradition en cette matière? D'Argentré et Bouhier. Principe que l'on peut déduire des observations de Bouhier, p. 104.
70. Jurisprudence. Un mineur étranger sous puissance paternelle est domicilié en pays étranger; les immeubles sont situés en Belgique. Qui a le droit de procéder au partage, et, s'il y a lieu à la licitation, dans quelle forme la vente doit-elle se faire? p. 106.
71. La solution est la même s'il s'agit d'un mineur étranger sous tutelle, p. 108.
72. Un mineur étranger, domicilié en Belgique, mais conservant sa nationalité d'origine, est régi, en ce qui concerne la tutelle, par sa loi nationale; et la loi de la situation des immeubles et du domicile doit être appliquée aux formalités du partage ou de la licitation, p. 109.
73. Les principes sont les mêmes quand un mineur belge est domicilié à l'étranger et qu'il possède des biens en pays étranger et en Belgique, p. 111.

74. *Quid* si un mineur belge domicilié en Belgique est appelé à une succession dont dépendent des biens situés à l'étranger? Arrêt de la cour de Liége de 1864, p. 112.

III. *Les formes territoriales.*

75. Les formes du partage et de la licitation judiciaires dépendent du statut réel. Quant aux formes instrumentaires, on applique l'adage *Locus regit actum*, p. 114.

Article II. Du partage d'ascendant.

§ Ier. *Caractère du partage d'ascendant.*

76. Quels sont les motifs pour lesquels le code civil donne aux ascendants la faculté de partager leurs biens entre leurs enfants et descendants? p. 115.
77. Caractère complexe du partage d'ascendant; c'est à la fois un acte distributif et un acte translatif de propriété, p. 116.
78. Le partage d'ascendant est un acte solennel. Dérogation à l'ancien droit et contradiction, p. 116.
79. Les enfants doivent consentir au partage, sans distinguer s'il est fait par testament ou par donation, p. 117.
80. Condition de capacité. *Quid* s'il y a des mineurs? p. 118.

§ II. *Du statut.*

81. Quelle est la nature du statut? La tradition. En quel sens Bourgoingne décide que le statut est réel, p. 119.
82. Froland distingue entre le *statut* de la *capacité* et le statut des *biens*. Ce que Froland ainsi que Boullenois entendent par le *statut des biens*, p. 120.
83. De la *capacité* telle qu'on l'entendait dans l'ancien droit, en matière de partage, p. 122.
84. Opinion de Bouhier sur la nature du statut et sur une disposition particulière de la nouvelle coutume de Bretagne, p. 123.
85. Conclusion. Est-il vrai que le partage est réel? La capacité dépend du statut personnel. Pour les formes, on applique les principes qui régissent les actes solennels. Quant au fond, il faut distinguer. Le partage de droit dépend de la loi, donc du statut réel pour les immeubles, et du statut personnel pour les meubles. Le partage de fait dépend de la volonté des parties, qui leur tient lieu de loi, p. 124.

SECTION VI. Des administrateurs.

§ Ier. *Nature du statut.*

86 Du rôle des administrateurs en matière de succession. Les envoyés en possession des biens des absents. Les administrateurs des successions indivises. Les héritiers bénéficiaires et les curateurs aux successions vacantes. Les exécuteurs testamentaires, p. 127.
87. De l'importance que les administrateurs ont dans le droit anglo-américain. Ce que la jurisprudence fait en Angleterre et aux Etats-Unis, la diplomatie est appelée à le faire sur le continent. Nouvel appel aux futurs diplomates, p. 128.

88. Quel est le statut des administrateurs? Théorie traditionnelle. Paul Voet. Les administrateurs nommés aux biens sont régis par la loi du lieu où les biens sont situés, p. 131.
89. Les interprètes modernes sont divisés. Rocco et Massé se sont prononcés pour la réalité du statut, et Flore pour la personnalité, p. 133.
90. Raisons que l'on peut donner pour la personnalité, p. 134.
91. Les Anglo-Américains limitent strictement au territoire le pouvoir de l'administrateur. Ce réalisme est tempéré par la *courtoisie*. Mieux vaudrait la justice, p. 137.

§ II. *Des envoyés en possession des biens d'un absent.*

92. Quel est le statut qui régit l'absence, et notamment le pouvoir des administrateurs? p. 138.
93. Dans la première période de l'absence, il n'y a que des mesures nécessaires et locales à prendre pour l'administration des biens; de là la conséquence que le statut est réel, p. 139.
94. La déclaration d'absence a-t-elle effet hors du territoire où l'absence est déclarée? p. 141.
95. Les héritiers présomptifs, envoyés en possession provisoire, ont-ils pouvoir d'administrer hors du territoire où ils ont été envoyés en possession? p. 142.
96. L'envoi définitif change-t-il la situation des héritiers et modifie-t-il le statut en vertu duquel ils avaient pouvoir d'administrer? p. 144.

§ III. *Les successions indivises.*

97. Des administrateurs conventionnels. Leur pouvoir s'étend sur tous les biens, quelle que soit leur situation, p. 145.
98. *Quid* si les héritiers ne s'entendent pas? Le tribunal peut-il nommer un administrateur, et cet administrateur étend-il ses pouvoirs hors du territoire ou il a été nommé? p. 146.
99. Le droit anglais procède de la féodalité. Il est strictement territorial. Toutefois il cherche à concilier les divers intérêts qui sont en conflit dans la liquidation d'une succession. Rapports entre l'administration *domiciliary* et les administrations *ancillaries*, p. 147.

§ IV. *De l'administration bénéficiaire.*

100. L'héritier bénéficiaire est tout ensemble propriétaire, représentant du défunt, et mandataire des créanciers et légataires, p. 150.
101. Quelle est la nature du statut? Applique-t-on à l'héritier bénéficiaire le principe qui régit toute manifestation de volonté? *Quid* s'il y a des biens situés dans un pays dont la loi prohibe le bénéfice d'inventaire? p. 151.
102. La mission de l'héritier bénéficiaire implique une simple liquidation et le payement des créanciers et légataires : ce qui n'a rien de commun avec la réalité du statut, p. 152.
103. De la vente des immeubles. En quel sens elle dépend du statut réel, p. 152.
104. La vente des immeubles se fait dans les formes prescrites par la loi territoriale, p. 154.

105. Du payement des créanciers. Critique du code, nécessité de le reviser. Nouvel appel à la diplomatie future; et ce qu'il faut faire pour qu'il y ait une diplomatie digne de sa mission, p. 155.

§ V. *Du curateur à la succession vacante.*

106. Le curateur est le mandataire des parties intéressées, p. 157.
107. Le curateur n'a qu'un pouvoir territorial; en ce sens le statut est réel. Raison de la différence qui existe, sous ce rapport, entre l'administration bénéficiaire et la curatelle à une succession vacante, p. 158.

§ VI. *De l'exécuteur testamentaire.*

108. L'exécution testamentaire est un mandat *sui generis*, p. 159.
109. Par quelle loi est régi ce mandat? *Quid* si un étranger domicilié en France y fait un testament, en nommant un exécuteur testamentaire? p. 160.
110. Quels sont les pouvoirs que le testateur peut donner à son exécuteur testamentaire? Le testateur étranger peut-il lui donner des pouvoirs plus étendus si sa loi personnelle le permet, p. 162.

LIVRE IV.

Des biens et du statut réel.

CHAPITRE Ier. — Les meubles et les immeubles.

SECTION Ire. — Des principes qui régissent les meubles et les immeubles.

111. Division des biens en meubles et immeubles. Importance de cette classification pour la science du droit civil international. Le statut des meubles est personnel, tandis que le statut des immeubles est réel, p. 165.
112. Le pouvoir des administrateurs diffère, quant aux actions qu'ils ont le droit d'intenter, selon que l'action est mobilière ou immobilière. Des envoyés en possession des biens d'un absent. Du tuteur. Du père administrateur légal. De la femme séparée de biens, p. 166.
113. Anomalie qui se trouve dans le code civil, en ce qui concerne le pouvoir du mari sous le régime dotal. Le code a-t-il un principe certain en cette matière? p. 169.
114. Les administrateurs ont-ils le droit d'aliéner les meubles qui appartiennent à ceux dont ils gèrent les intérêts? La théorie, p. 169.
115. Les dispositions du code civil sur cette question, en matière d'absence, de tutelle, de puissance paternelle, d'émancipation, d'administration du mari et de la femme séparée de biens, p. 170.
116. Objection contre la théorie de l'incapacité de l'administrateur d'aliéner les meubles puisée dans l'article 1449. Réponse, p. 173.
117. Objection contre ladite théorie fondée sur la contradiction qu'il y a de reconnaître à l'administrateur le droit de former les actions mobilières et de lui refuser le droit d'aliéner, p. 174.
118. Cette théorie est pleinement confirmée par l'article 1860, Interprétation de cet article fondée sur la doctrine de Pothier, p. 174.

119. Pour la transmission de la propriété, le code civil fait une distinction entre les meubles et les immeubles. Sens de l'article 2279. Raison de la différence que le droit français fait entre la possession des meubles et la possession des immeubles, p. 175.
120. Les immeubles seuls peuvent être hypothéqués. Les meubles n'ont point de suite par hypothèque. Des priviléges mobiliers et immobiliers, p. 177.
121. Le régime de communauté comprend le mobilier présent et futur des époux, tandis que les immeubles personnels des époux en sont exclus. Sous le régime dotal, les immeubles sont inaliénables ; les meubles, en droit, peuvent être aliénés, p. 177.
122. Les différences que le droit français fait entre les meubles et les immeubles n'ont point de fondement rationnel, et la raison historique est un anachronisme, p. 178.

SECTION II. — QUELS BIENS SONT IMMEUBLES.

123. Division des immeubles, p. 180.
124. Le sol est la seule chose qui soit immeuble de sa nature. Il n'est jamais mobilisé, p. 181.
125. Différence qui existe entre le sol et les constructions ou plantations, qui, par leur nature, sont meubles, et qui ne deviennent immeubles que par leur incorporation au sol, p. 181.
126. Sont encore immeubles par incorporation les accessoires nécessaires des bâtiments tels que les tuyaux qui servent à la conduite des eaux, p. 181.
127. Il en est de même des moulins fixes sur piliers ou faisant partie des bâtiments et, en général, de toute construction incorporée au sol, p. 182.
128. Quelle est la nature des constructions faites par un superficiaire? *Quid* si elles sont faites par un preneur? p. 182.
129. Quand l'incorporation cesse, les choses reprennent leur nature mobilière. Conséquences qui en résultent. Jurisprudence, p. 184.
130. De l'immobilisation par destination agricole, industrielle ou commerciale. Faut-il, pour qu'il y ait immobilisation, que le *propriétaire* ait attaché les choses mobilières au fonds pour le service de ce fonds, p. 185.
131. Quand y a-t-il *destination* dans l'intérêt de l'agriculture, du commerce ou de l'industrie? p. 186.
132. De l'immobilisation par perpétuelle demeure, p. 187.
133. Conséquences de l'immobilisation par destination, p. 188.
134. Quand cesse l'immobilisation par destination, p. 189.
135. Des droits immobiliers. Quels droits sont considérés comme immeubles, p. 189.

SECTION III. — QUELS BIENS SONT MEUBLES.

136. Des biens qui sont meubles par leur nature, p. 190.
137. Des biens qui sont meubles par la détermination de la loi, ou des droits mobiliers. Des droits réels mobiliers, p. 191.
138. Des droits mobiliers personnels, p. 191.
139. Application du principe aux droits dans les sociétés, p. 192.
140. Application du principe aux rentes. L'ancien droit et le droit nouveau, p. 193.

SECTION IV. — QUEL STATUT DÉCIDE SI LES BIENS SONT MEUBLES OU IMMEUBLES.

N° 1. Principe.

141. Est-ce que la loi qui détermine la nature du statut décide aussi la question de savoir si la chose est meuble ou immeuble? p. 194.
142. Discussion de la question de savoir si le motif pour lequel l'article 3 décide que les statuts immobiliers sont réels peut être invoqué pour déterminer quelles choses sont immeubles par nature, par incorporation, par destination ou par l'objet auquel elles s'appliquent, p. 195.
143. La même question et la même incertitude se présentent pour les effets mobiliers qui sont régis par la loi personnelle, p. 197.
144. La tradition. Jean Voet, Rocco, Massé, Story, Asser, p. 199.
145. L'interprète du code civil n'est point lie en cette matière par la doctrine de Voet; il a le droit et le devoir de développer et d'étendre la tradition française, p. 200.

N° 2. Des immeubles.

146. Application de ces principes aux immeubles. C'est la loi territoriale qui décide si une chose est immeuble, p. 201.
147. Conflit entre le code Napoléon et le code néerlandais sur la question de savoir si les matériaux provenant de la démolition d'un édifice et destinés à sa reconstruction sont immeubles. C'est la loi territoriale qui décide, p. 202.
148. Le même principe s'applique à l'immobilisation par destination agricole, industrielle ou commerciale, p. 203.
149. *Quid* des ruches à miel, immeubles d'après le code Napoléon et meubles d'après le code néerlandais? Quelle loi en détermine la nature? p. 204.
150. C'est encore la loi territoriale qui détermine la qualité des biens mobiliers qui deviennent immeubles par perpétuelle demeure, p. 205.
151. Il en est de même de la destination industrielle et commerciale. Dans tous les cas, c'est la loi territoriale qui décide si des effets mobiliers sont immobilisés, p. 206.
152. Quelle est la nature des droits exercés dans un immeuble, et quelle est la loi qui détermine la nature de ces droits? Quelle loi détermine la nature des actions qui tendent à un immeuble, et celle des actions en résolution ou en nullité? p. 207.

N° 3. Des meubles.

153. Quelle loi détermine la nature des meubles corporels : la loi du domicile, la loi personnelle, la loi de la situation ou l'intérêt général? p. 210.
154. Application du principe aux meubles corporels. Article 2279. Les matériaux provenant de la démolition d'un édifice et destinés à le reconstruire. Loi de la situation, p. 212.
155. Priviléges mobiliers. Loi de la situation, p. 212.
156. Composition de la communauté. Ce qui dépend de l'autonomie des époux et ce qui dépend de la loi. Quelle loi détermine la nature mobilière des biens qu entrent ou n'entrent pas en communauté, p. 213.

157. Application du principe aux droits mobiliers. Droits réels. Droits à une chose mobilière, p. 213.
158. Des créances, et notamment des droits dans les sociétés. Des rentes constituées et des rentes dites foncières, p. 214.
159. Conclusion. Le droit anglo-américain, p. 216.

CHAPITRE II. — Le statut mobilier.

§ Ier. *Le principe.*

160. Quel est le statut qui régit les meubles? Tout est doute et incertitude en cette matière. Résumé de ce qui a été dit dans la partie générale de ces Etudes, p. 217.
161. Nécessité de remonter à la tradition dans une matière traditionnelle, p. 218.
162. Les deux écoles : la loi réelle de la situation fictive et la loi personnelle du propriétaire. Remarque de Story. Importance de la raison des principes, p. 218.
163. Paul Voet, Rodenburg et Boullenois se prononcent pour la réalité du statut mobilier, en se fondant sur la fiction que les meubles sont censés se trouver au domicile du propriétaire, p. 219.
164. D'Argentré, Bourgoingne, Hert et Huber enseignent que les meubles sont soumis au statut personnel, p. 221.
165. Le président Bouhier tient-il pour la personnalité ou pour la réalité du statut mobilier, p. 222.
166. Jean Voet dit que la prétendue fiction qui répute les meubles situés au domicile du maître, est contraire à la rigueur du droit il ne l'admet que par courtoisie, p. 223.
167. Doctrine de Pothier. Elle était formulée dans le *Livre préliminaire* du code civil, et on doit la considérer comme maintenue tacitement par le législateur français, p. 224.
168. Conclusion. Le statut des meubles est personnel, et il dépend, non du domicile, mais de la nationalité du propriétaire. Comment cette dérogation au réalisme s'est accomplie, notamment dans le droit; anglo-américain. Le gouvernement providentiel, p. 226.

§ II. *A quels meubles s'applique le principe.*

169. La règle est générale : elle s'applique à tous les meubles, même aux meubles déposés. Espèce décidée par Chopin, p. 228.
170. La règle reçoit-elle exception pour les meubles précieux? Incertitude du droit ancien, p. 229.
171. *Quid* des meubles immobilisés par incorporation, destination ou perpétuelle demeure? Témoignages des statutaires. Bourgoingne, Boullenois, Bouhier, p. 230.
172. *Quid* des droits et actions? Faut-il considérer le domicile du créancier ou le domicile du débiteur? Dumoulin, Bourgoingne et Boullenois, p. 232.
173. Quelle est l'étendue du principe qui détermine la nature du statut d'après la loi du domicile du créancier? Incertitude des statutaires, p. 233.

174. La règle qui s'en rapporte à la loi du domicile du créancier reçoit-elle des exceptions? Théorie de Bar. Opinion de Bourgoingne et de Voet. Jurisprudence. p. 234.
175. La règle s'applique-t-elle aux rentes constituées et aux rentes dites foncières? L'ancien droit. Boullenois. Bouhier. Le droit moderne. Fœlix, p. 236.

§ III. *Des cas dans lesquels le statut des meubles est réel.*

N° 1. Le principe.

176. La cour de cassation admet la règle du statut personnel des meubles, mais en y apportant des exceptions. Quel est le fondement légal de ces exceptions? p. 237.
177. La doctrine admet aussi des cas où l'on doit suivre le statut réel en matière de meubles. Faut-il distinguer les meubles considérés individuellement et les universalités de meubles? p. 238.
178. Quel est le vrai principe. Dans quels cas le statut territorial domine le statut personnel, p. 238.
179. Application du principe aux exceptions mentionnées par la cour de cassation. Ces cas ne sont pas les seuls dans lesquels le statut est réel, p. 239.

N° 2. Droits des créanciers sur les biens de leur débiteur.

180. Le droit que l'article 2092 du code civil donne aux créanciers sur les biens de leur débiteur est d'intérêt général, et, partant, un statut réel, dans le sens du n° 178, p. 241.
181. Concours des créanciers. Causes de préférence. Les priviléges. C'est la loi territoriale qui règle cette matière. Pourquoi? p. 242.
182. Y a-t-il d'autres causes de préférence que les priviléges et les hypothèques? Les créanciers étrangers pourraient-ils invoquer une préférence, en vertu de leur loi nationale, dans les cas où cette loi attacherait une préférence à l'antichrèse ou au droit de rétention? p. 244.
183. Des priviléges mobiliers. Leur division, p. 245.

N° 3. Des priviléges mobiliers.

I. *Des priviléges généraux.*

184. Des frais de justice. Nature particulière de ce privilége. Est-il d'intérêt général? p. 245.
185. Frais funéraires. En quel sens ce privilége est-il d'intérêt public, p. 246.
186. Des frais de dernière maladie. Quel est l'intérêt général qui légitime ce privilége? p. 246.
187. Les salaires des gens de service, des commis et des ouvriers. Le privilége est d'intérêt général, p. 247.
188. Fourniture de subsistance. Intérêt général, p. 247.
189. Les créanciers privilégiés sur tous les meubles ont, d'après le code civil, un recours subsidiaire sur les immeubles, en cas d'insuffisance du mobilier. La loi hypothécaire belge a dérogé, sous ce rapport, au code français. Conséquence qui en résulte, p. 247.

II. *Priviléges spéciaux.*

190. Privilége du bailleur. Quel est le motif d'intérêt général qui justifie ce privilége et la grande faveur que la loi témoigne au bailleur? p. 247.
191. Quelle est l'étendue du privilége du bailleur? Conflit entre la loi française et la loi belge. C'est la loi territoriale qui l'emporte sur la loi personnelle du bailleur, p. 248.
192. Système du code civil et de la loi belge pour les loyers à échoir, modifié en France par la loi du 12 février 1872. Cette loi est territoriale, p. 249.
193. Le droit de suite que le code civil et la loi hypothécaire belge donnent au bailleur n'a d'autre fondement que le respect un peu superstitieux pour la propriété foncière, p. 251.
194. Privilége des frais de culture et de fourniture d'ustensiles. Il a la même nature que le privilége du bailleur sur lequel la loi lui accorde un droit de préférence, p. 251.
195. Privilége du vendeur. Motif d'intérêt général, commun à tous les priviléges, p. 251.
196. Le privilége du vendeur cesse par l'immobilisation de la chose vendue. Ce principe reçoit exception quand il s'agit de machines. Raison et nature de l'exception, p. 252.
197. La conservation du privilége du vendeur est soumise à la condition de publicité. Comment la publicité est organisée. Ces formes dépendent du statut réel, p. 252.
198. Privilége des aubergistes et hôteliers. Motif d'intérêt général sur lequel il est fondé. C'est un droit essentiellement international et qui finira par être un droit commun, p. 254.
199. Le privilége du voiturier pour frais de voiture et dépenses accessoires a le même fondement et le même caractère que celui de l'aubergiste, p. 255.
200. Privilége des frais de conservation. Il est d'intérêt général. Il se maintient, comme celui du vendeur, pour les machines, alors même qu'elles sont immobilisées, p. 255.
201. Privilége des créances résultant d'abus et prévarications de certains fonctionnaires sur les fonds de leur cautionnement. Caractère de ce privilége, p. 256.

III. *Privilége conventionnel. Le créancier gagiste.*

202. Les priviléges ne dépendent pas de l'autonomie des parties contractantes. Il y a exception pour le privilége du créancier gagiste, p. 256.
203. Les conditions requises pour l'existence et la conservation du privilége ne dépendent pas de l'autonomie des parties. Elles sont d'intérêt général. Telle est d'abord la rédaction d'un acte et l'enregistrement, p. 257.
204. Quand une créance est donnée en gage, il faut la signification de l'acte, p. 258.)
205. Il faut, de plus, pour l'existence du privilége, que le créancier soit et reste en possession. C'est une espèce de publicité, donc elle dépend du statut réel, p. 259.

N° 4. Le statut du privilége mobilier.

206. L'existence et la conservation des priviléges mobiliers sont subordonnées à la possession de la chose par le débiteur et, pour quelques priviléges, par le créancier, p. 260.
207. La conséquence en est que les meubles grevés du privilége ont une situation réelle au lieu où le débiteur les possède; d'où la conséquence qu'ils sont régis par la loi de cette situation, et non par celle du domicile du propriétaire, p. 262.
208. Objection fondée sur le caractère conventionnel des priviléges mobiliers, et réponse. p. 263.
209. Objection tirée de la réalité des statuts immobiliers, et réponse, p. 264.
210. Les priviléges généraux sur les meubles s'étendent-ils à ceux qui sont situés en pays étranger? Il faut appliquer la loi de la situation, p. 264.
211. Application de ces principes au privilége du créancier gagiste. Conflit de la loi personnelle du créancier et de la loi territoriale, p. 265.
212. Application des mêmes principes au privilége du vendeur et au droit de revendication que lui donnent le code Napoléon et la loi hypothécaire belge, p. 267.

§ IV. *Transmission de la propriété.*

N° 1. Le droit français.

213. Des divers modes de transmettre et d'acquérir la propriété, p. 269.
214. De l'occupation. Existe-t-elle encore en droit français? Quel est le statut du droit d'occupation? Quelles sont les lois qui règlent ce droit? L'incertitude du droit civil égale l'incertitude du droit international privé, p. 270.
215. De l'accession. Est-ce une manière d'acquérir la propriété? Vaut-il la peine de demander si l'accession mobilière est un statut réel? p. 271.
216. Des contrats. La théorie romaine de la tradition. Grotius l'attaque et propose de rejeter la tradition en s'en tenant à la volonté des parties, p. 272.
217. Importance de cette question pour le droit civil international. Dans la théorie romaine, la transmission de la propriété dépend du statut réel. Dans celle de Grotius tout dépend de l'autonomie; en ce sens le statut devient personnel, p. 273.
218. Quelle est la théorie du code civil? Les auteurs du code consacrent la théorie de Grotius, ils innovent sans en avoir conscience. Le progrès que les hommes réalisent dépasse souvent leur pensée, il s'accomplit sous la main de Dieu, p. 275.
219. Le principe de l'article 1138 s'applique-t-il au cas où la chose est indéterminée? Est-ce la tradition, dans ce cas, ou la volonté des parties qui transfère la propriété? p. 276.
220. Conséquence qui résulte de l'innovation consacrée par l'article 1138, en ce qui concerne la nature du statut qui régit la transmission de la propriété, p. 277.
221. La loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, et la loi française du 23 mars 1855 ont dérogé à l'article 1138, dans l'intérêt des tiers, en ce qui concerne les droits réels immobiliers. Le principe de l'article 1138 reste applicable aux meubles, sauf l'exception de l'article 2279, que l'article 1141 applique à la vente mobilière, p. 279.

222. Conflit entre le statut français de la volonté et le statut prussien ou romain de la possession, quand il n'y a pas de tiers engagés dans le débat, p. 280.
223. Du système de la réalité du statut. Savigny, Bar, Bluntschli, Burge. Anomalies et absurdités qui en résultent, p. 282.
224. Autre hypothèse dans laquelle Bar cherche à échapper à la conséquence absurde qui résulte de la réalité du statut, p. 285.
225. L'acheteur peut-il, en cette matière, invoquer le *droit acquis* en vertu d'une loi étrangère, p. 285.
226. *Quid* si l'intérêt des tiers est en cause, dans le cas d'une vente faite successivement à deux acheteteurs, avec ou sans livraison de la chose? Doute et incertitude, p. 286.

N° 2. Le droit anglo-américain.

227. Le droit anglo-américain ne consiste qu'en jurisprudence. Jurisprudence de la cour de la Louisiane. Elle ne respecte pas la transmission de la propriété faite en pays étranger, sans qu'il y ait eu tradition. Cette jurisprudence est fondée sur la doctrine de la courtoisie, p. 288.
228. Second cas jugé par la cour de la Louisiane; la validité d'une hypothèque méconnue quoique valable d'après la loi anglaise, sans tradition, parce que la loi de la Louisiane exige la tradition. Cette décision est méconnue par une cour anglaise. Opinion du vice-chancelier Wood. Opinion de Story, p. 290.
229. Appréciation de ce débat. Ce que la cour de la Louisiane pourrait répondre au vice-chancelier Wood; et ce que l'on peut dire pour justifier la jurisprudence de la cour américaine, p. 292.

N° 3 La cession de créances.

230. La cession de créances n'existe à l'égard des tiers que lorsqu'elle a été signifiée ou acceptée par le débiteur dans un acte authentique, p. 294.
231. Conséquence du principe de publicité. Le statut est réel. Comparaison entre cette décision et celle de la cour de la Louisiane, p. 295.
232. La publicité prescrite par le code civil est insuffisante. La loi hypothécaire belge a prescrit une publicité plus efficace pour la cession de créances privilégiées ou hypothécaires. Conséquence : le statut est aussi réel, p. 295.
233. Le même principe s'applique à la *subrogation*, p. 296.

§ V. *De la revendication.*

N° 1. Le principe.

234. En droit français la possession tient lieu de titre, et, par suite, empêche la revendication, p. 296.
235. Motifs donnés par Bigot-Préameneu et Portalis pour justifier le principe de l'article 2279. L'intérêt du commerce et le droit de la société, p. 297.
236. Des caractères que la possession doit réunir pour qu'elle vaille titre. Il en résulte que le principe de l'article 2279 forme un statut réel, p. 298.
237. A quels meubles s'applique le principe d l'article 2279? Des effets au porteur et de l'intérêt du commerce et de l'industrie, p. 290.

238. L'action en revendication contre les tiers acquéreurs est admise, quand une chose volée ou trouvée a été vendue par le voleur ou l'inventeur, p. 300.
239. La disposition de l'article 2280 est également d'intérêt social, et, partant, une dépendance du statut réel, p. 300.

N° 2. Application du principe.

240. L'étranger, possesseur d'un objet mobilier en France, peut invoquer le principe de l'article 2279, et l'on peut se prévaloir des exceptions contre lui. Tout est réel en cette matière, p. 301.
241. Le Français actionné comme possesseur d'une chose située en pays étranger peut-il se prévaloir de la règle établie par l'article 2279? p. 301.
242. Celui qui a possédé en France, et qui transporte la chose en pays étranger, peut-il opposer contre l'action en revendication la possession qui lui a acquis la propriété en France? p. 302.

CHAPITRE III. — LE STATUT DES IMMEUBLES.

SECTION Ire. — RÉALITÉ DU STATUT IMMOBILIER.

§ I. *Le principe.*

243. L'article 3 du code établit le principe de la réalité du statut des immeubles, p. 304.
244. C'est le droit traditionnel. Témoignages des statutaires. Dumoulin et d'Argentré. Boullenois, Froland, Paul Voet et Huber. Les auteurs modernes suivent la tradition, p. 305.
245. Critique de la doctrine traditionnelle. Renvoi. En quel sens l'interprète du code civil est lié par la tradition. Observations critiques de M. Barde : ce qu'elles ont de vrai, p. 306.

§ II. *Etendue du principe.*

246. Le principe établi par l'article 3 est-il absolu? Incertitude qui règne dans la tradition sur la définition et la portée du statut réel. D'Aguesseau, Boullenois, Fœlix, p. 309.
247. Les réalistes eux-mêmes font des exceptions au statut réel. Pour la forme des actes, ils appliquent la loi du lieu où l'acte est passé. Singulière critique que Story fait de cette exception : il confond les formes instrumentaires avec les formes solennelles, p. 310.
248. La capacité est-elle régie par la loi du lieu où l'immeuble est situé? La doctrine anglo-américaine. Est-il vrai que telle est l'opinion générale? p. 311.
249. Les réalistes belges et hollandais. Bourgoingne, Peck. Les deux Voet, p. 313.
250. La tradition française, Boullenois, Froland. Est-il vrai, comme le dit Story, que Dumoulin et Bouhier sont d'opinion contraire? p. 314.
251. Doctrine de Pothier : c'est celle de Dumoulin et de Bouhier. Cette doctrine a été consacrée par le code civil. Tel est l'avis de Merlin, p. 316.
252. Du principe d'interprétation qu'il faut suivre dans l'application de l'article 3 du code civil. Systèmes contraires de MM. Barde et Bertauld, p. 317.

253. Appréciation de ces principes, p. 320.
254. Le droit étranger. Savigny, p. 320.
255. Le droit italien consacre la tradition de la réalité du statut des immeubles. Conclusion, p. 321.

SECTION II. — LA POSSESSION.

256. Définition. La possession est-elle un droit réel, et, à ce titre, une dépendance du statut réel? p. 323.
257. L'adage *In pari causa, melior est causa possidentis*, est-il un effet de la possession? p. 324.
258. Le possesseur a les actions possessoires; sous quelles conditions? Nature des actions possessoires. Pourquoi elles dépendent du statut réel, p. 324.
259. Droit du possesseur quand il est évincé par le propriétaire, et quand il a fait des constructions ou des plantations. Système du code civil. Nature du statut qui règle les rapports entre le propriétaire et le possesseur évincé, p. 325.
260. Droit du possesseur de bonne foi aux fruits. Le code déroge au droit strict du propriétaire par des considérations d'équité. Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut. Condition requise pour qu'il y ait lieu d'appliquer le statut des fruits, p. 327.
261. De l'usucapion. Renvoi, p. 329.

SECTION III. — DE LA PROPRIÉTÉ.

262. Définition de la propriété. De la propriété féodale. De la propriété littéraire et industrielle, p. 329.
263. En quel sens la propriété est de droit public et forme un statut réel qui domine le statut personnel de l'étranger? La liberté des terres et des personnes est de droit public, p. 330.
264. La libre disposition des biens est encore de droit public, p. 330.
265. Ce principe est absolu; il s'applique aux dispositions testamentaires comme aux conventions, p. 331.
266. Les restrictions que l'article 544 permet d'apporter à la liberté du propriétaire sont également de droit public et, par conséquent, une dépendance du statut réel, p. 333.
267. Quand le droit du propriétaire doit-il céder devant le droit de la société? Principe de Montesquieu, p. 334.
268. Application du principe à l'expropriation pour cause d'utilité publique, p. 335.
269. Il y a une seconde restriction au droit absolu de disposition, elle résulte des droits d'autrui. En quel sens il faut l'entendre. Portée de cette limitation, expliquée par Portalis. Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut, p. 336.
270. Conflit de l'industrie et de la propriété. Conciliation de ces intérêts légalement essentiels pour l'existence, la conservation et le perfectionnement de la société. Conclusion : ce qu'il y a de droit public en cette matière, et ce qui appartient au statut réel, p. 338.

271. Les charges réelles que la loi établit sur les biens, dans un intérêt public, forment un statut réel. Conséquences qui en résultent, p. 340.

SECTION IV. — ACQUISITION ET TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE.

§ Ier. *L'accession.*

272. Le droit d'accession d'après le code civil, p. 341.
273. Quelle est la nature du statut qui régit l'accession? Théorie traditionnelle. Théorie d'Esperson, p. 341.
274. La nature du statut se détermine par le principe que l'accessoire suit la nature du principal. Application du principe à l'alluvion. Le statut est réel, p. 343.
275. Application du principe aux îles. Distinction entre les îles qui sont du domaine de l'Etat et celles qui appartiennent aux riverains, p. 344.

§ II. *La loi.*

276. Des cas dans lesquels la propriété ou un démembrement de la propriété sont acquis en vertu de la loi, sans la volonté de l'homme, p. 344.
277. D'après Story, l'acquisition de la propriété par la loi dépend toujours de la loi territoriale. Critique de cette opinion et de la souveraineté territoriale sur laquelle elle se fonde, p. 345.
278. L'usufruit légal et l'hypothèque légale dépendent de la loi personnelle des parties, p. 347.
279. N'en doit-il pas être de même de l'attribution que l'article 305 fait de la moitié des biens appartenant aux époux divorcés par consentement mutuel au profit des enfants nés du mariage? p. 347.
280. Le statut de l'article 563 est réel. Pourquoi? p. 348.
281. Les avantages matrimoniaux établis par les coutumes ou les lois dépendent-ils d'une convention tacite ou de la loi de la situation? p. 349.

§ III. *Les conventions.*

282. La règle que la propriété des immeubles se transmet par le seul effet du contrat *entre* les parties forme-t-elle un statut réel? p. 350.
283. Critique de l'opinion généralement admise. La règle établie par les articles 1138 et 1583 peut être modifiée par la volonté des parties, quand leur intérêt seul est en cause, p. 351.
284. Conflit entre le *statute of frauds* et la loi française : c'est le statut territorial qui l'emporte sur toute convention et toute loi contraires, p. 353.
285. De la transmission de la propriété à l'égard des tiers. La clandestinité du code Napoléon. Vices de ce système, qui compromet la sécurité des relations civiles, p. 354.
286. La publicité rétablie en Belgique et en France. Pour la Belgique, c'est une tradition nationale. Merveilleuse histoire des coutumes de nantissement, p. 355.
287. Quels actes doivent être transcrits d'après la loi hypothécaire belge et d'après la loi française du 23 mars 1855. Le statut de la publicité est réel, parce

qu'il est d'intérêt social. Transformation de la notion de souveraineté, p. 356.

§ IV. *La revendication.*

288. L'action en revendication dépend-elle du statut réel, en quel sens et dans quel cas? p. 358.
289. De la preuve que doit faire le revendiquant. A-t-il l'action publicienne d'après le droit français? *Quid* si cette action lui est accordée par sa loi personnelle? p. 359.
290. Les droits et obligations des parties quant aux impenses, aux constructions et aux fruits sont réglés par la loi territoriale, p. 360.
291. Le possesseur étranger peut-il invoquer le droit de rétention que sa loi personnelle lui donne, en admettant que le code civil le refuse? p. 361.

SECTION V. — Des droits réels.

§ Ier. *Le principe.*

292. Les droits réels, dans l'opinion commune, sont régis par la loi de la situation. Théorie de Savigny fondée sur la soumission volontaire de l'homme à la loi. Critique de cette théorie; elle n'est applicable que dans les cas où l'autonomie tient lieu de loi, p. 362.
293. Le principe de Savigny est généralement admis. Le tribunal de commerce de l'empire d'Allemagne en a fait l'application en matière mobilière, p. 363.
294. Les droits réels immobiliers peuvent être établis à titre gratuit, par donation ou par testament, à l'exception de l'emphytéose. Dans ce cas, ils deviennent des actes solennels, par suite la solennité est requise pour l'existence du titre. De quelle loi dépend la solennité? Les donations doivent de plus être transcrites, p. 365.
295. A l'égard des tiers, les droits réels immobiliers constitués par acte à titre onéreux n'existent que s'ils ont été constatés par un acte authentique et transcrits, p. 366.
296. En ce qui concerne le fond des dispositions et conventions, le propriétaire n'est pas lié par le statut réel, sauf quand il y a une loi prohibitive d'intérêt général, p. 368.
297. Si d'après une loi le droit est réel, et d'après une autre personnel, quelle loi le juge devra-t-il consulter? Opinion de Savigny en faveur du statut de la situation. D'après le code civil, c'est une question de volonté, p. 369.
298. Comment s'établissent les droits réels par voie de convention? A-t-on égard à l'autonomie des parties contractantes? Quelle loi suit-on si les deux parties appartiennent à des nations diverses? *Quid* si l'intérêt des tiers est en cause? p. 371.
299. Les droits réels établis par la loi dépendent-ils du statut réel ou du statut personnel? p. 372.

§ II. *Des servitudes.*

N° 1. Des servitudes établies par le fait de l'homme.

300. Est-il vrai, comme on le dit, que toute servitude est régie par la loi du lieu

où sont situés les immeubles? Le code civil consacre le principe de l'autonomie, p. 372.

301. L'autonomie reçoit exception, d'abord en ce qui concerne l'abolition des servitudes personnelles. La prohibition est fondée sur la haine du régime féodal et sur la passion de la race française pour l'égalité; elle est donc de droit public et, partant, le statut est réel, p. 374.

302. L'autonomie reçoit encore exception en tout ce qui concerne l'ordre public. Application du principe au cas prévu par l'article 674. Limite de l'autonomie, p. 376.

303. Application du même principe aux servitudes féodales, abolies comme violant la liberté et l'égalité des personnes. Le statut est d'ordre public et domine tout statut personnel qui lui serait contraire, p. 376.

304. L'établissement des servitudes par destination du père de famille dépend de l'autonomie des parties interessées. Conséquence qui en résulte, p. 377.

N° 2. Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux.

305. Analogie qui existe entre les servitudes dites naturelles et les servitudes légales en ce qui concerne la nature du statut qui les régit. *Quid* des dispositions du code qui ne sont pas des servitudes, quoique la loi les comprenne parmi les servitudes naturelles? p. 379.

306. Du bornage. Est-ce une servitude? Quelle est la nature du statut? Dépend-il de l'autonomie? Pourquoi est-il territorial? p. 380.

307. Le droit de se clore est une faculté qui découle de la propriété. Il tend à assurer la liberté du sol, et, en ce sens, il est de droit public, et le statut est réel et d'ordre public, p. 380.

308. Du droit aux eaux de la source. C'est l'exercice du droit de propriété, donc tout dépend de l'autonomie. Il y a exception dans le cas où les eaux sont nécessaires aux habitants d'une commune; ce statut est territorial et d'ordre public, p. 381.

309. Droits des riverains aux eaux non navigables. Nature du statut qui régit ces droits. Il est réel et d'ordre public, p. 382.

310. De la charge établie par l'article 640 du code civil. Nature de la charge et du statut qui la régit, p. 383.

311. De la servitude d'aqueduc établie par la loi française du 29 avril 1845 et la loi belge du 27 avril 1848. Nature de la servitude et du statut qui la régit, p. 383.

312. La servitude de drainage est identique avec celle d'aqueduc; partant, le statut est le même, p. 385.

N° 3. Des servitudes légales.

313. Division des servitudes légales, p. 385.

I. *Des servitudes légales d'utilité publique.*

314. Du chemin de halage et du marchepied, p. 386.

315. Des servitudes de voirie et notamment de celles qui ont été établies par suite de la construction des chemins de fer, p. 386.

316. Des servitudes militaires établies dans l'intérêt de la défense nationale, p. 387.
317. Des servitudes établies pour la conservation des bois de l'État et des communes, p. 387.
318. Caractère des servitudes légales et nature du statut qui les régit, p. 388.

II. *Des servitudes légales d'utilité privée.*

a. De la mitoyenneté.

319. Nature des servitudes légales d'utilité privée, p. 388.
320. De la mitoyenneté. C'est une copropriété avec indivision forcée. Pourquoi la loi déroge à la règle d'ordre public de l'article 815. Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut. Quand il procède de l'autonomie, et quand il est réel, p. 389.
321. La mitoyenneté peut être volontaire. En quel sens elle l'était dans les anciennes provinces de droit écrit, et elle l'est encore dans les pays de droit romain? Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut, p. 391.
322. La mitoyenneté peut aussi être volontaire sous l'empire du code civil. Dans ce cas, elle dépend de l'autonomie, en tant qu'il s'agit de l'intérêt privé des contractants; et elle dépend du statut réel en ce qui concerne l'intérêt général, p. 392.
323. La mitoyenneté forcée est d'ordre public; donc le statut est réel, et il domine le statut personnel qui y serait contraire, p. 393.
324. Il en est de même de la disposition de l'article 663 concernant la hauteur du mur mitoyen; elle est également d'ordre public, donc réelle, p. 394.
325. L'acquisition forcée de la mitoyenneté est également d'ordre public, et, par conséquent, une dépendance du statut réel, p. 394.
326. La cession forcée de la mitoyenneté est-elle une vente et régie par les principes qui régissent les contrats, ou est-elle soumise aux règles des servitudes? p. 395.
327. Des obligations qui naissent de la mitoyenneté. En quel sens elles dépendent de l'autonomie, p. 396.
328. Des droits qui résultent de la mitoyenneté. En quel sens ils procèdent de l'autonomie, p. 397.

b. Des vues et des jours.

329. Qu'entend-on par servitude de *vues* et de *jours?* p. 398.
330. Le système du code Napoléon est celui de la propriété coutumière, propriété restreinte dans l'intérêt social, p. 398.
331. Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut des servitudes légales, p. 400.

§ III. *Des servitudes personnelles.*

N° 1. Principe général.

332. Y a-t-il encore des servitudes personnelles sous l'empire du code Napoléon? p. 400.

333. Les servitudes personnelles sont-elles d'ordre public? Quelles sont les dispositions, en cette matière, qui appartiennent à l'autonomie des parties intéressées, et quelles sont les dispositions d'ordre public? p. 401.
334. Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut, p. 402.
335. Quel est le statut de l'usufruit légal du père ou de la mère survivant en concours avec un collatéral maternel? p. 403.
336. Quelle est la nature du statut de l'usufruit qui appartient au père pendant la vie de l'enfant? p. 404.
337-338. Doctrine des réalistes. Story et le réalisme de la *common-law*. Jurisprudence anglaise, p. 405.

N° 2. L'usufruit.

339. L'usufruit ainsi que les droits d'usage et d'habitation sont régis par la *volonté des parties*. La loi ne les règle que dans le silence des parties, p. 408.
340. La volonté des parties peut être tacite. Elles peuvent s'en rapporter à leur loi personnelle, p. 409.
341. L'autonomie des parties reçoit exception quand les dispositions du code sont d'ordre public. Qu'entend-on en cette matière par *ordre public?* p. 409.
342. La disposition du code qui règle la durée des baux que l'usufruitier a le droit de consentir est d'ordre public. Conséquence qui en résulte, p. 411.
343. L'artile 586, au contraire, qui déroge à l'ancien droit, est d'intérêt privé, par suite le droit aux fruits dépend de l'autonomie et, en ce sens, du statut personnel, p. 412.
344. Les droits de l'usufruitier sur les bois sont-ils d'ordre public? p. 414.
345. *Quid* des changements que l'usufruitier peut ou ne peut pas faire dans le mode de jouissance du propriétaire? Le principe romain et le principe coutumier. L'autonomie des parties l'emporte, dans ce cas, sur le droit territorial, p. 415.
346. On suit pour les obligations de l'usufruitier le même principe que pour ses droits, p. 416.
347. Application du principe à l'obligation de faire inventaire et de donner caution, p. 416.
348. Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut, p. 417.
349. Application du principe aux lois d'impôt : dans quelles limites les parties y peuvent deroger ou s'en rapporter à leur statut personnel, p. 417.
350. L'extinction de l'usufruit accordé à des corporations par le laps de trente ans est d'ordre public. Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut, p. 418.

N° 3. Des droits d'usage et d'habitation.

351. Autonomie des parties. Va-t-elle jusqu'à établir des droits d'usage autres que celui du code Napoléon? Conséquence qui en résulte pour la nature du statut, p. 419.
352. L'usage etabli par le code Napoléon est d'ordinaire un acte de bienfaisance. Conséquences qui en résultent quant à la nature du statut, p. 420.

353. Les droits d'usage dans les bois et forêts sont une dépendance du statut réel ou territorial. Transformation de ces droits, p. 421.
354. Personnalité du droit d'usage. Les parties y peuvent-elles déroger? et, par suite, le statut est-il réel ou personnel? p. 421.

§ IV. *L'emphytéose.*

355. Quelle est la nature du statut qui régit l'emphytéose? Est-il vrai, comme le dit Savigny en termes absolus, que l'emphytéose forme évidemment un statut réel? p 422.
356. L'emphytéose romaine. Son origine, son objet, son caractère. Elle formait un statut réel. Cette emphytéose a disparu avec les causes qui lui avaient donné naissance, p. 422.
357. Sous le régime féodal, l'emphytéose fut assimilée au bail à cens, et forma une espèce particulière de propriété, emportant un partage du domaine direct et du domaine utile. Cette propriété, de même que le fief, dépendait essentiellement du statut réel, p. 423.
358. Critique de la doctrine traditionnelle. L'emphytéose ne divise pas la propriété; il n'y a pas de domaine direct, ni de domaine utile; il y a un simple démembrement de la propriété par la constitution d'un droit réel. Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut, p. 424.
359. Quelles sont les règles de l'emphytéose qui tiennent à l'ordre public et qui constituent un statut réel? p. 425.
360. Objection. Est-il vrai que l'intérêt de l'agriculture rend le statut de l'emphytéose réel? p. 426.
361. Autre objection tirée de l'article 3 du code Napoléon, et réponse, p. 426.

§ V. *Du droit de superficie.*

362. Le droit de superficie est-il un partage de la propriété, ou un simple droit réel dans la chose d'autrui? Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut, p. 427.
363. Des caractères essentiels du droit de superficie, d'après Doneau. Aucun n'est d'ordre public, p. 428.
364. La loi belge sur le droit de superficie abandonne tout ce qui le concerne à l'autonomie des parties intéressées, sauf la durée du droit, p. 429.
365. La publicité de l'acte constitutif du droit de superficie est censée d'ordre public, et dépend, par conséquent, du statut réel, p. 429.

SECTION VI. — Du régime hypothécaire.

§ Ier. *De la nature du statut.*

366. Est-il vrai, comme le dit Fœlix, que tout le régime hypothécaire dépend du statut réel? p. 430.
367. Quelle est l'importance que la tradition a en cette matière? p. 431.
368. La doctrine de l'intérêt général conduit à la même conséquence que la doctrine traditionnelle des statuts immobiliers, p. 432.
369. Les causes de préférence entre créanciers dépendent essentiellement du statut territorial; la loi étrangère ne peut jamais donner une préférence, p. 433

370. Les priviléges dépendent de la loi territoriale. Un créancier étranger ne pourrait invoquer en France un privilége que sa loi nationale lui donne à raison de sa personne, p. 435.
371. Les hypothèques sont aussi réglées par le statut réel; les créanciers ne pourraient invoquer la loi étrangère qui permet d'hypothéquer les meubles, p. 435.
372. L'hypothèque conventionnelle dépend en principe du statut réel. L'indivisibilité dépend de leur autonomie, p. 436.
373. L'hypothèque judiciaire établie par le code Napoléon est abolie en Belgique. Cette abolition constitue un statut réel. Conséquence qui en résulte quant au jugement qu'un créancier obtiendrait en Belgique ou en France, p. 436.
374. L'hypothèque testamentaire établie par la loi belge dépend aussi du statut territorial. Conséquences qui en résultent quant à l'hypothèque testamentaire qui serait constituée en France, et quant à l'hypothèque établie par un testateur étranger pour la garantie d'une dette, p. 437.
375. De l'hypothèque légale. A qui elle est accordée. Toutes les hypothèques légales dépendent-elles du statut réel? En quel sens l'hypothèque légale des incapables est-elle régie par le statut personnel, et en quel sens elle est soumise au statut réel? p. 439.
376. Des effets de l'hypothèque. Le droit de préférence est un statut réel. Le droit de suite réalise la garantie hypothécaire; en ce sens, il est régi par la loi réelle, comme le droit de préférence. Le droit de suite s'exerçant par voie d'expropriation appartient, par cela même, au droit public, ce qui en fait un statut réel, p. 441.

§ II. *Le concours des créanciers.*

N° 1. Les créanciers chirographaires.

377. Du principe de l'exécution forcée des obligations. Ce principe est d'intérêt général, et, à ce titre, une dépendance du statut réel. En faut-il conclure que tout en cette matière est réel? Renvoi, p. 442.
378. De l'expropriation forcée. La règle et les exceptions sont d'ordre public, puisqu'elles concernent l'exercice de la souveraineté, p. 444.
379. Quels sont les droits des créanciers quand le débiteur aliène ses biens? Ont-ils le droit de suite? *Quid* si le débiteur a fait l'aliénation en fraude de leurs droits? *Quid* si l'acte n'a pas été transcrit? Quelle est la nature du statut dans les deux hypothèses? p. 445.

N° 2. Les créanciers hypothécaires.

I. *Quels biens peuvent être hypothéqués.*

380. Le statut des biens qui peuvent être hypothéqués est réel quand le législateur se décide par des motifs d'intérêt public, p. 446.
381. Pour qu'un immeuble puisse être hypothéqué, il doit être dans le commerce. Lien qui existe entre le régime hypothécaire et l'expropriation, et tout ce qui tient à l'expropriation est de droit public et appartient au statut réel, p. 446.
382. De l'hypothèque des mines, p. 447.

383. Hypothèque de l'usufruit. *Quid* de l'usufruit légal des père et mère et de la jouissance des propres de la femme qui appartient au mari administrateur légal? Influence des considérations personnelles en matière d'hypothèques, p. 448.

384. Les droits d'usage et d'habitation ne peuvent être hypothéqués, à moins que le titre ne les déclare aliénables; la question dépend donc de l'autonomie des parties intéressées, p. 449.

II. *De l'hypothèque des meubles et notamment de l'hypothèque d'un navire.*

385. Les meubles ne peuvent pas être hypothéqués. Ce principe est d'intérêt général, et, partant, forme un statut réel. La loi du territoire où le meuble se trouve domine la loi étrangère, quand même l'hypothèque aurait été établie en pays étranger, conformément à la loi personnelle du créancier, p. 449.

386-389. Application du principe au *mort-gage*, ou hypothèque établie en Angleterre sur un navire; cette hypothèque a-t-elle un effet en Belgique? Jurisprudence de la cour de cassation de France et de la cour de Bruxelles. Consultation en sens contraire de M. Clunet. Examen de la question au point de vue des principes et des textes, p. 450-455.

390. La loi française du 10 décembre 1874 et la loi belge du 15 août 1879 permettent d'hypothéquer les navires, p. 456.

391. Conflit de la loi belge et de la loi française, p. 459.

391 *bis*. Une hypothèque consentie en Angleterre sur un navire français serait-elle valable en France, et sous quelle condition le créancier pourrait-il y exercer son droit hypothécaire? p. 460.

392. *Quid* de l'hypothèque consentie en Angleterre sur un navire anglais? L'hypothèque est-elle valable en France? doit-elle y être inscrite en supposant que la publicité requise par la loi anglaise y ait été réservée? p. 461.

III. *De l'hypothèque légale.*

393. Quelles sont les hypothèques légales d'après le code civil et la loi hypothécaire belge? et quels sont les motifs pour lesquels la loi l'accorde? p. 464.

394. Quel est le statut qui régit l'hypothèque légale de l'Etat? L'Etat néerlandais ou italien jouirait-il en France ou en Belgique de l'hypothèque légale sur les biens que ses comptables y possèdent, alors que cette hypothèque n'existe pas d'après la législation néerlandaise et italienne? L'Etat français ou belge aurait-il cette hypothèque légale en Italie ou dans les Pays-Bas? p. 466.

395. Les incapables étrangers peuvent-ils avoir une hypothèque légale en France? Jurisprudence française. La jurisprudence témoigne contre le code français; il a été abrogé par la loi hypothécaire belge, p. 467.

396. Le statut de l'hypothèque légale des incapables est-il réel ou personnel? Dans l'esprit de la loi belge, le statut est personnel; d'où suit que les incapables étrangers, les Néerlandais, par exemple, auxquels leur loi personnelle ne donne pas d'hypothèque, n'en auront pas en Belgique, p. 469.

397. Les incapables auxquels leur loi personnelle donne une hypothèque pourront-ils s'en prévaloir dans les Pays-Bas où les incapables n'ont point d'hypothèque légale? p. 470.

398. Les femmes et mineurs français ont une hypothèque légale en Belgique. Comment sera-t-elle spécialisée et inscrite? *Quid* de la responsabilité du greffier et de l'état des tutelles? p. 471.
399. Le statut de l'hypothèque légale que les légataires ont dans l'opinion générale des interprètes français, est-il personnel ou réel? p. 473.

N° 3. Les créanciers privilégiés.

400. Les priviléges immobiliers sont des hypothèques privilégiées. En quoi elles diffèrent des hypothèques légales, p. 474.
401. Le privilége n'existe qu'en vertu de la loi, avec les effets que la loi y attache et sur les biens situés dans le territoire soumis à la loi. Jurisprudence, p. 474.
402. Les conditions d'existence et de conservation des priviléges dépendent du statut réel, p. 476.
403. Quelles sont les créances privilégiées sur les immeubles, les causes des priviléges et les conditions requises pour qu'ils existent? p. 476.
404. Différence entre le statut des hypothèques légales et le statut des priviléges immobiliers; celui-ci dépend exclusivement de la loi de la situation des biens, p. 479.
405. La séparation des patrimoines est-elle un privilége? La confusion des patrimoines dépend-elle du statut personnel ou du statut réel? p. 482.
406. L'antichrèse est-elle un droit réel, ou au moins un droit que le créancier antichrésiste puisse opposer aux tiers? ou est-ce un droit de créance? Quelle est la nature du statut qui régit l'antichrèse? Est-il réel ou personnel? p. 485.
407. Le droit de rétention donne-t-il au créancier un droit réel et de préférence? Quelle est la nature du statut qui régit ce droit? p. 486.
408. Des créances privilégiées munies du droit de résolution. Innovation apportée au code Napoléon par la loi hypothécaire belge. Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut qui régit la résolution, p. 488.

§ III. *Le statut des formes.*

N° 1. Solennité de l'hypothèque conventionnelle.

409. L'hypothèque est un contrat solennel. La forme authentique est requise pour l'existence de l'hypothèque conventionnelle, p. 489.
410. Pourquoi la loi belge exige l'authenticité de la procuration donnée pour constituer hypothèque, p. 491.
411. Application du principe de la solennité aux hypothèqnes reçues en pays étranger. Elles doivent y être consenties par acte authentique pour exister en Belgique ou en France; quant aux formes requises pour l'authenticité, elles dépendent de la loi du lieu où l'acte est passé. Tel est le système de la loi belge, p. 491.
412. La spécialité est également de la substance de l'hypothèque; une hypothèque non spécialisée ne produirait aucun effet, p. 493.
413. Conséquence qui en résulte quant à la nature du statut qui régit la spécialité, p. 494.

N° 2. De la publicité.

414. La publicité est également d'ordre public et soumise au statut de la situation des biens, le statut réel l'emporte sur toute loi étrangère, p. 495.

N° 3. Des hypothèques légales.

415. Système du code Napoléon. Il sacrifie l'intérêt général à l'intérêt des incapables, p. 496.
416. La loi hypothécaire belge soumet les hypothèques des incapables à la règle générale de la spécialité et de la publicité? Est-il vrai qu'elle sacrifie l'intérêt des incapables à l'intérêt général? p. 497.
417. La loi qui règle la spécialité et la publicité des hypothèques légales forme un statut réel, p. 498.
418. L'hypothèque de l'Etat et des autres personnes civiles est générale, quoique l'inscription soit spéciale. Ce système dépend aussi du statut territorial. p. 499.

N° 4. Des priviléges.

419. Dans le système de la loi belge, les priviléges ne rétroagissent plus. En quel sens le privilége de l'architecte rétroagit, sans porter atteinte à un droit acquis, p. 500.
420. La loi qui régit la conservation des priviléges est réelle. Il y a cependant des cas dans lesquels l'autonomie joue un rôle et, par conséquent, le statut personnel, p. 502.

§ IV. *La loi hypothécaire belge et le code Napoléon.*

421. Comparaison entre la loi hypothécaire belge et le régime du code Napoléon. Nécessité de l'étude des législations comparées, p. 504.
422. La loi belge a aboli la préférence que le code civil accorde aux créanciers privilégiés sur la généralité des meubles à l'égard des créanciers hypothécaires. Conséquence qui en résulte quant au statut qui régit le concours des créanciers, p. 504.
423. Du privilége que la loi accorde aux vendeurs de machines et aux ouvriers qui les conservent. Conditions requises pour le maintien du privilége quand les machines sont immobilisées. Conséquences qui en résultent quant à la nature du statut, p. 506.
424. Quels sont, en cas de perte de la chose grevée d'un privilége, les droits des créanciers sur l'indemnité due par l'assureur? Quelle est la nature du statut? p. 508.
425. D'après la loi belge, la purge efface l'action resolutoire du vendeur, du donateur et de l'échangiste. Nature de ce statut, p. 510.
426. L'acquéreur qui veut purger doit le faire dans l'année de la transcription de son titre. Nature de ce statut, p. 510.

LIVRE V.

Des obligations.

CHAPITRE Ier. — La loi des contrats, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits.

ARTICLE 1er. Les contrats.

SECTION Ire. — L'autonomie et les statuts.

427. Qu'entend-on par l'*autonomie* des parties contractantes? p. 512.
428. En vertu de leur autonomie, les contractants peuvent adopter une loi étrangère comme règle de leur contrat; le juge devra appliquer cette loi, non comme règle légale, mais comme règle conventionnelle, p. 513.
429. La soumission à la loi étrangère peut être tacite, p. 514.
430. *Quid* si un Français contracte en pays étranger avec un étranger? ou un étranger en France avec un autre étranger? Il faut maintenir le principe de l'autonomie, p. 515.
431. Règles que le législateur pourrait établir en cette matière. Première règle : l'autonomie. Par quel moyen on peut arriver à obtenir une déclaration de volonté des parties, p. 516.
432. Seconde règle. La volonté tacite. Pourquoi il est rare qu'il y ait une volonté tacite. Des conventions matrimoniales tacites, p. 517.
433. Des présomptions que l'on suit en cas de doute. Première présomption : on suit la loi nationale quand les parties ont la même nationalité, p. 518.
434. Deuxième présomption : quand les deux parties ont une nationalité différente, on applique la loi du lieu où le contrat se passe, p. 519.

SECTION II. — La loi du lieu du contrat.

§ Ier. *Le principe.*

435. La jurisprudence et la doctrine se prononcent pour la loi du lieu où le contrat se passe, p. 520.
436. Est-il vrai, comme le dit Fœlix, que telle est l'opinion de *tous les auteurs?* p. 522.
437. Tant valent les motifs, tant vaut l'opinion. Est-il vrai que l'article 1159 du code Napoléon décide qu'il faut suivre la loi du lieu où le contrat est passé? p. 523.
438. Est-il vrai, comme le dit lord Robertson, qu'il y a *présomption légale* que les parties contractantes ont eu en vue la loi du lieu où elles ont traité? Ce que c'est que cette prétendue présomption, p. 524.
439. Des exceptions que lord Robertson apporte à la *loi du lieu*. Elles absorbent la règle et aboutissent à l'omnipotence du juge, ce qui rend la science inutile, p. 525.
440. Bourgoingne admet une exception pour la loi de la situation. Boullenois approuve et désapprouve. Quelle est la vraie origine de la loi du lieu? p. 527.

441. De l'exception que Fœlix admet quand le lieu du *payement* diffère du lieu du *contrat*. L'exception repose sur un fondement ruineux, l'interprétation d'une loi romaine. Sens que Wächter donne à cette loi, p. 528.
442. Comment les Anglo-Américains expliquent et justifient la *loi du lieu*. C'est le système féodal des *coutumes réelles*. La souveraineté du territoire a fait place à la souveraineté des individus. La *loi du lieu* n'a plus d'autre fondement que la volonté présumée des parties intéressées, p. 531.

§ II. *Quel est le lieu du contrat.*

N° 1. Principe.

443. Principe formulé par Savigny. Massé confond la formation du contrat avec la preuve, p. 532.
444. Dans quel cas le lieu où l'écrit est dressé est-il le lieu du contrat? p. 533.
445. Application du principe aux contrats solennels, p. 534.
446. *Quid* des contrats qui doivent être homologués par le tribunal? Critique de l'opinion de Fœlix, p. 535.

N° 2. Des contrats qui se font par correspondance.

447. Quel est le lieu où se parfait le contrat que les parties font par correspondance? p. 535.
448. De la théorie de Casaregis et de Savigny. Critique, p. 537.
449. D'une nouvelle théorie qui a la prétention d'être la vérité absolue. La doctrine également étrange de Grotius et de Hert en est la satire, p. 537.
450. Quand le lieu du contrat est déterminé, faudra-t-il toujours appliquer au contrat la loi de ce lieu? Jurisprudence et doctrine. Savigny et Wächter, p. 539.
451. Ces principes reçoivent-ils leur application au contrat fait par correspondance télégraphique? p. 540.

N° 3. Des contrats qui se forment par mandataires.

452. Qu'est-ce que le mandat? Se parfait-il par la seule acceptation du mandataire, ou faut-il que cette acceptation soit portée à la connaissance du mandant? p. 541.
453. Le mandat est régi par la loi du mandant. Jugement du tribunal de commerce de l'empire d'Allemagne, p. 542.
454. Où le contrat fait par le mandataire se parfait-il, et quelle est la loi qui le régit? p. 543.
455. *Quid* si le mandataire, commissionnaire, est en même temps vendeur? p. 544.
456. Les commis voyageurs sont-ils régis par les règles du mandat? Où se parfait le contrat : là où le commis traite ou là où le commettant est domicilié? et quelle sera la loi qui régit le contrat? p. 545.
457. De la ratification. Quand y a-t-il lieu à ratification? *Quid* des contrats faits par un gérant d'affaires? Quelle est la loi qui régit le contrat ratifié par le mandant? p. 546.
458. De la confusion entre la ratification et la confirmation; et entre la loi qui régit le mandat, en cas de ratification, t la gestion d'affaires, p. 547.

459. Doctrine de Fœlix suivie par Fiore et par Massé. Confusion des faits juridiques les plus différents, p. 549.

§ III. *De la loi qui régit les* effets *et les* suites *du contrat.*

N° 1. Le principe, d'après l'opinion générale.

460. Distinction entre les *effets* et les *suites* du contrat. Conséquence qui en résulte quant à la loi qui régit les *effets* et celle qui régit les *suites*, p. 550.
461. Quels sont les *effets* auxquels s'applique la loi du lieu où le contrat s'est passé? Exemples donnés par Fœlix, p 552.
462. Quelles sont les *suites* des contrats auxquelles on n'applique pas la *loi du lieu*, p. 554.
463. Critique de la distinction entre les *effets* et les *suites*. A qui elle remonte. Doctrine de Blondeau de Meyer et de Merlin sur les *effets* et les *suites* en matière de rétroactivité. Ces auteurs ne s'entendent pas sur les applications, p. 554.
464. Critique de la théorie. Les *suites* sont des *effets*. Preuve en ce qui concerne la faute, la demeure et les dommages-intérêts, p. 556.
465. Doctrine de Rocco. La distinction des *effets* et des *suites* des contrats a-t-elle un fondement rationnel? Conclusion, p. 557.

N° 2. Application du principe à la confirmation.

466. Le code civil confond la confirmation et la ratification. Ce que c'est que confirmer et ratifier; conséquence qui en résulte quant à la loi qui régit les deux faits juridiques, p. 562.
467. Faut-il appliquer à la confirmation la loi du lieu où le contrat s'est passé, ou la loi personnelle de la partie qui confirme? p. 564.
468. Critique de l'opinion contraire de Merlin, suivie par Fœlix, Rocco, Massé, Lomonaco, p. 566.
469. Quelle loi suit-on pour la forme de l'écrit qui constate la confirmation? p. 568.
470. Par quelle loi est régie la capacité de celui qui confirme? p. 569.

N° 3. Application du principe à la rescision, à la révocation, à la résolution et à la réduction.

471. Quand les actions en rescision, résolution, révocation et réduction sont elles régies par la loi qui gouverne le contrat? Merlin et Fœlix, p. 570.
472. Y a-t-il des faits postérieurs au contrat qui deviennent une cause de nullité ou de résolution, et qui sont régis par la loi du lieu où les faits se passent? p. 571.
473. Fœlix considère comme une suite accidentelle du contrat le cas prévu par l'article 1656. Critique de cette opinion, d'après les principes, et d'après la théorie même des *effets* et des *suites*, p. 572.
474. Fœlix considère encore comme une suite accidentelle du contrat le cas prévu par l'article 1912. Critique de cette opinion qui repose sur une interprétation erronée de l'article 1912, et qui est en contradiction avec la théorie même des *effets* et des *suites*, p. 574.

475. La révocation des donations constitue-t-elle une *suite* ou un *effet* du contrat? Inconséquence des partisans de la doctrine qui distingue entre les *effets* et les *suites*. Quelle loi il faut appliquer en cas de révocation, p. 575.

476. *Quid* de l'action en réduction des libéralités qui excèdent le disponible? p. 577.

N° 4. Des dispositions unilatérales.

477. Quelle est la loi qui régit les dispositions unilatérales? Quelle est la raison de différence entre la loi qui régit ces dispositions et la loi qui régit les conventions unilatérales? p. 578.

478. Discussion de l'opinion contraire énoncée par Fœlix. Ce qu'elle a de vrai et ce qu'il faut faire pour obtenir une déclaration de la volonté des parties, p. 580.

§ IV. *De l'interprétation des contrats.*

479. Les règles établies dans les articles 1156-1164 du code civil n'appartiennent pas au droit civil international, p. 582.

480. En quel sens l'interprétation des contrats dépend de la théorie des statuts. Peut-on poser comme règle générale que l'interprétation des conventions dépend de la loi du lieu où elles sont passées, ou de toute autre loi? Avis de Savigny et de Boullenois, p. 583.

481. Espèce rapportée par Wächter, dans laquelle la *loi du contrat* était etrangère à l'interprétation de la convention, p. 584.

482. Différentes espèces proposées par Boullenois, dans lesquelles le contrat s'interprète, suivant les circonstances, par des lois diverses, selon l'intention probable des parties contractantes, conformément à la doctrine de Dumoulin, p. 586.

483. Règle d'interprétation des actes unilatéraux, tels que les testaments et les actes confirmatifs, p. 590.

Stanford Law Library
3 6105 062 384 933